

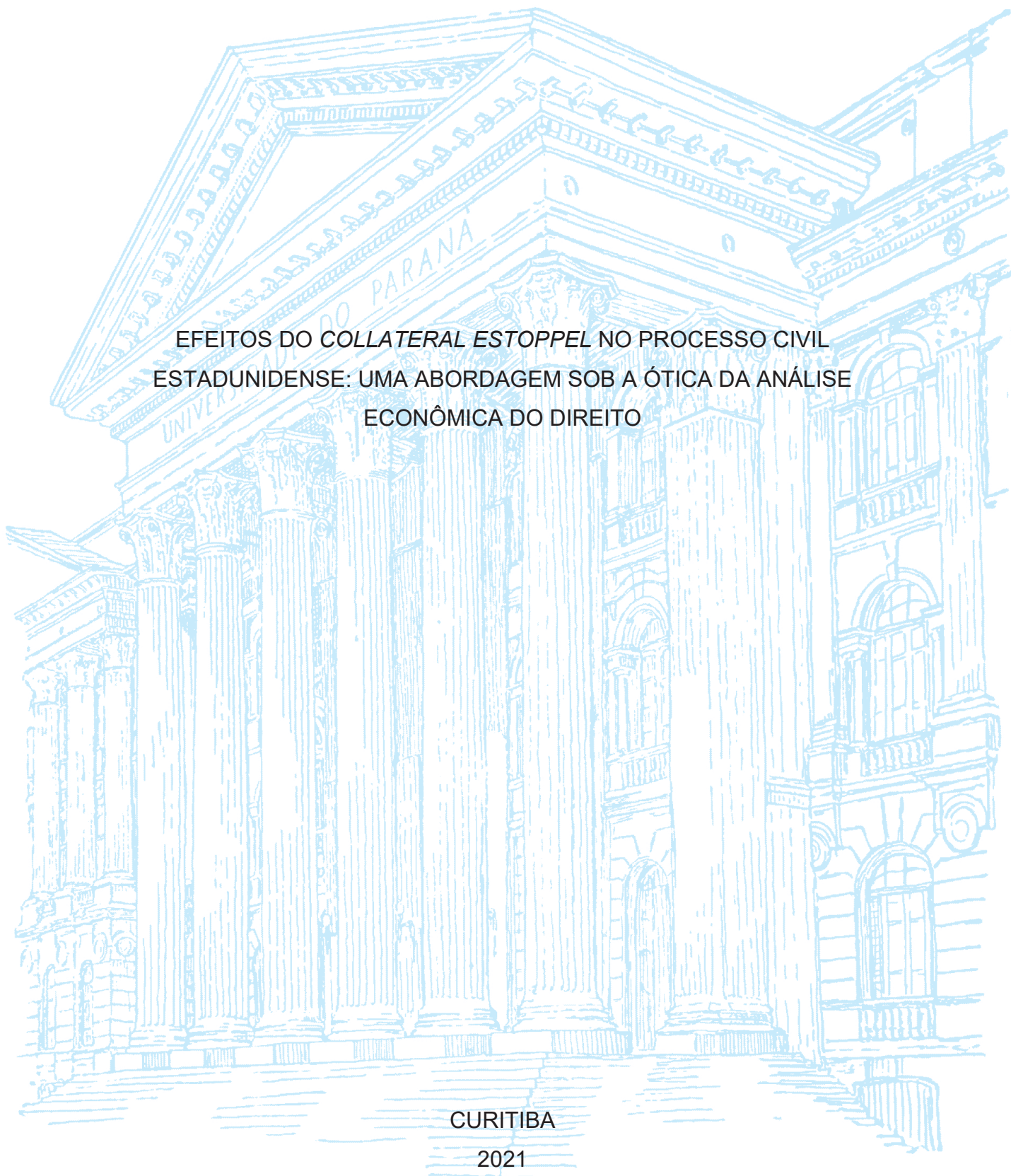
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HERMÍNIO HAGGI NETO

EFEITOS DO *COLLATERAL ESTOPPEL* NO PROCESSO CIVIL  
ESTADUNIDENSE: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA ANÁLISE  
ECONÔMICA DO DIREITO

CURITIBA

2021



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HERMÍNIO HAGGI NETO

EFEITOS DO *COLLATERAL ESTOPPEL* NO PROCESSO CIVIL  
ESTADUNIDENSE: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA ANÁLISE  
ECONÔMICA DO DIREITO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni

CURITIBA

2021

H145e

Haggi Neto, Hermínio

Efeitos do collateral estoppel no processo civil estadunidense: uma abordagem sob a ótica da análise econômica do direito [meio eletrônico] / Hermínio Haggi Neto. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni.

1. Processo civil. 2. Coisa julgada. 3. Direito comparado.  
I. Marinoni, Luiz Guilherme. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.91

**Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626**

ATA Nº168

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia dezesseis de agosto de dois mil e vinte e um às 10:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **HERMÍNIO HAGGI NETO**, intitulada: **Efeitos do *collateral estoppel* no Processo Civil estadunidense: uma abordagem sob a ótica da Análise Econômica do Direito**, sob orientação do Prof. Dr. LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RICARDO ALEXANDRE DA SILVA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 16 de Agosto de 2021.

Assinatura Eletrônica

16/08/2021 13:09:45.0

LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

16/08/2021 12:25:47.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

16/08/2021 12:29:13.0

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **HERMÍNIO HAGGI NETO** intitulada: **Efeitos do *collateral estoppel* no Processo Civil estadunidense: uma abordagem sob a ótica da Análise Econômica do Direito**, sob orientação do Prof. Dr. LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 16 de Agosto de 2021.

Assinatura Eletrônica

16/08/2021 13:09:45.0

LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

16/08/2021 12:25:47.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

16/08/2021 12:29:13.0

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Para meus avós Maria Emília Jorge  
Haggi (*in memoriam*) e Hermínio Haggi  
(*in memoriam*).

## AGRADECIMENTOS

O resultado do presente trabalho leva meu nome como autor, mas com certeza é produto de um trabalho construído com o apoio e compreensão de muitas pessoas que tornaram esse momento possível.

Primeiramente gostaria de agradecer à minha família, em especial a meus pais, Hermínio Haggi Filho e Carla Haggi, meu tio José Haggi, meus avós Maria Emília (*in memoriam*) e Hermínio Haggi (*in memoriam*), Maria Anilda e João Carlos de Novaes, pelo suporte e presença constante em minha formação.

Ao meu orientador, Luiz Guilherme Marinoni, foi um privilégio acompanhá-lo profissionalmente e academicamente. Em seu escritório, as lições foram diárias, tanto nas conversas quanto pelo exemplo. Um período de aprendizado sem igual.

Por fim, à Universidade Federal do Paraná, instituição que permite espaço de intenso debate e desenvolvimento de ideias. Lá me desenvolvi como pessoa e fiz amigos que levarei para toda vida.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar discussões sobre os efeitos do *collateral estoppel* no sistema estadunidense sob a visão da Análise Econômica do Direito. Com a mudança do CPC/15 e seus arts. 503 e 506, o sistema brasileiro passa a permitir uma interpretação que possibilita a ampliação dos efeitos da coisa julgada sobre questões prejudiciais discutidas ao longo do processo. Com a identificação da analogia entre os dois institutos pela doutrina brasileira, se buscará entender como o *collateral estoppel* afeta o sistema processual estadunidense de acordo com os pressupostos a partir dos quais a coisa julgada sobre questão se propõe a atuar no Brasil e tendo-se em vista a característica processual de buscar uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Por meio desses conceitos, com o objetivo de alcançar um entendimento claro acerca dos efeitos do *collateral estoppel*, será feito um estudo utilizando a ferramenta da Análise Econômica do Direito. O uso dessa ferramenta permite encontrar dados sobre os efeitos de tal instituto no processo e nas partes para que, então, seja traçado um paralelo ao instituto da coisa julgada sobre questão no Brasil a partir de dados viáveis, mesmo que dentro de realidades diferentes.

Palavras-chave: Direito processual civil. Coisa julgada sobre questão. *Collateral estoppel*. Análise econômica do direito. Processo civil comparado.



## **ABSTRACT**

This study aims to present discussions on the effects of collateral estoppel in the US system under the perspective of the Economic Analysis of Law. With the change of the Brazilian Code of Civil Procedure and its articles 503 and 506 the Brazilian system allows the expansion of the res judicata effects on issues discussed throughout the litigation. With the identification of the analogy between the two institutes by the Brazilian doctrine, we will seek to understand how the collateral estoppel affects the US procedural system within the assumptions in which the res judicata on the issue intends to act in Brazil and the procedural characteristic of seeking judicial protection effective and timely. From these concepts and as a way to seek a better understanding of the effects of collateral estoppel in a clearer way, the study will be carried out using the Economic Analysis of Law tool. The use of this tool seeks to find data on the effects of such institute on the procedure and on the parties so that a parallel can be drawn to the res judicata institute over issue in Brazil, based on viable data even within different realities.

Keywords: Civil procedural law. Res judicata over issue. Collateral estoppel. Economic analysis of law. Compared civil procedure.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

GRÁFICO 1 – TEMPO MÉDIO DA INICIAL ATÉ A SENTENÇA NO 2º GRAU E 1º GRAU, POR TRIBUNAL .....	19
GRÁFICO 2 – TEMPO MÉDIO DA INICIAL ATÉ A SENTENÇA NAS FASES DE EXECUÇÃO E CONHECIMENTO, NO 1º GRAU, POR TRIBUNAL.....	20
GRÁFICO 3 – SÉRIE HISTÓRICA DO TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DOS PROCESSOS.....	21
GRÁFICO 4 – TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS PENDENTES E BAIXADOS NA FASE DE 1º GRAU .....	22
GRÁFICO 5 – TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS PENDENTES E BAIXADOS NA FASE DE EXECUÇÃO DE 1º GRAU.....	23
GRÁFICO 6 – TEMPO MÉDIO DA INICIAL ATÉ A SENTENÇA NAS FASES DE EXECUÇÃO E CONHECIMENTO, NO 1º GRAU, POR TRIBUNAL ESTADUAL .....	25
GRÁFICO 7 – TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS PENDENTES E BAIXADOS NA FASE DE 1º GRAU, NA JUSTIÇA ESTADUAL .....	26
GRÁFICO 8 – TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS PENDENTES E BAIXADOS NA FASE DE EXECUÇÃO DE 1º GRAU, NA JUSTIÇA ESTADUAL .....	26
GRÁFICO 9 – SÉRIE HISTÓRICA DOS CASOS PENDENTES NAS FASES DE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO .....	28
GRÁFICO 10 – SÉRIE HISTÓRICA DO IMPACTO DA EXECUÇÃO FISCAL NA TAXA DE CONGESTIONAMENTO TOTAL.....	29
GRÁFICO 11 – MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL - JUSTIÇA ESTADUAL ....	30
GRÁFICO 12 – MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL - JUSTIÇA FEDERAL.....	30
GRÁFICO 13 – SÉRIE HISTÓRICA DOS ÍNDICES DE RECORRIBILIDADE INTERNA E EXTERNA.....	32
GRÁFICO 14 – DIFERENÇAS ENTRE AS ESTIMATIVAS DE PROBABILIDADE DO DEMANDANTE E DO RÉU.....	95
GRÁFICO 15 – O CUSTO DO ERRO EM CASOS CIVIS .....	105

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	12
<b>2 AS PARTES DIANTE DO PROCESSO</b>	18
2.1 TEMPO DO PROCESSO NO BRASIL	18
2.1.1 EXECUÇÃO	24
2.1.2 RECORRIBILIDADE	31
2.1.3 INCERTEZA QUANTO AOS FATOS E AO DIREITO	33
<b>3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUAS PRINCIPAIS VERTENTES</b>	37
3.1 O UTILITARISMO DE RICHARD POSNER E A ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA	38
3.1.1 POSNER E A ABERTURA DO DIREITO PARA OS CONCEITOS DA ECONOMIA	38
3.1.2 ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA	49
3.2 O BEM-ESTAR SOCIAL E A ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DO DIREITO	54
3.2.1 SHAVELL E KAPLOW: A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PAUTADA NO BEM-ESTAR SOCIAL	54
3.2.2 ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA	62
<b>4 O COLLATERAL ESTOPPEL</b>	69
4.1 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA	69
4.2 ASPECTOS E REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO COLLATERAL ESTOPPEL	79
4.3 A TEORIA DA MUTUALIDADE E SUA SUPERAÇÃO: A QUESTÃO JULGADA EM FAVOR DE TERCEIROS	83
4.4 O RESTATEMENT SECOND OF JUDGEMENTS	88
4.5 APLICAÇÕES DO NONMUTUAL COLLATERAL ESTOPPEL	89
4.5.1 DEFENSIVE COLLATERAL ESTOPPEL	90
4.5.2 OFFENSIVE COLLATERAL ESTOPPEL	92
<b>5 EFEITOS DO COLLATERAL ESTOPPEL NO PROCESSO</b>	93
5.1 AS ESCOLHAS ECONÔMICAS DAS PARTES FRENTE AO LITÍGIO E A ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO DOS TRADEOFFS EM UM PROCESSO DINÂMICO	93
5.2 A APLICAÇÃO DO COLLATERAL ESTOPPEL E O RISCO DE FORMAÇÃO DE UM PROCESSO DESPROPORCIONAL	103

5.3 O PROBLEMA DE DECISÕES ANÔMALAS EM CASOS COM MUITOS LITIGANTES .....	112
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>121</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 apresentou algumas alterações no texto dos artigos que normatizam o instituto da coisa julgada. Pela leitura dos artigos 503 e 506, principalmente, passou-se a discutir a viabilidade da aplicação da coisa julgada sobre questão prejudicial e a possibilidade de sua invocação por terceiros no sistema brasileiro.

Essa nova proposta de interpretação que passa a integrar o Direito brasileiro traz uma nova forma de se encarar um modelo antes visto como estático. Na posição clássica, a autoridade da coisa julgada era submetida e limitada ao pedido e ao julgado, deixando de lado o valor da relação jurídica afirmada em juízo; a evolução do debate era indiferente para a elaboração do dispositivo que seria estabilizado ao final da ação. As descobertas que pudessem vir à tona durante a cognição, mesmo que extensamente debatidas e essenciais para a formação do convencimento do juiz, não seriam albergadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada; por isso, a concepção da formação desse instituto se dava de forma estática<sup>1</sup>.

A autoridade do julgado era submetida apenas ao que as partes manifestassem expressamente nos pedidos, ignorando eventuais elementos que evoluíssem no debate ao longo do processo. Caso algum dos envolvidos manifestasse interesse em expandir tal autoridade no debate, era preciso fazer o uso da Ação Declaratória Incidental requerendo a estabilização de uma questão debatida que não fizesse parte do objeto da ação. Tais características apresentam a coisa julgada como um instituto privatista, voltado exclusivamente à vontade das partes<sup>2</sup>.

O Código de 2015 permitiu a passagem desse quadro de teorização estático e privatista da coisa julgada para um marco dinâmico e atento à evolução do debate. O art. 503, § 1º, CPC/15 permite que a questão prejudicial evidenciada no debate desenvolvido pelas partes ao longo do processo adquira força de coisa julgada, independentemente de pedido prévio das partes. Há um

---

<sup>1</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 155.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 155-156.

deslocamento da teorização da coisa julgada do pedido para o debate e as decisões, que passam a ter uma importância que não tinham diante do direito anterior<sup>3</sup>.

Essa mudança busca manter o processo atualizado de acordo com o contexto contemporâneo e as funções a ele colocadas. O Judiciário passa a ter um papel muito mais complexo enquanto garantidor da tutela jurisdicional em conformidade com a Constituição, dessa forma, manter-se limitado ao papel de boca-da-lei ficou inviável. Sabendo do desafio de se adequar à realidade e suas limitações estruturais e para evitar um processo marcado por promessas de materialização impraticável, foi preciso reler suas funções e se reinventar para manter o toque da instrumentalidade<sup>4</sup>.

Apesar de se apresentar como uma novidade para o nosso sistema, o *common law* já adota a possibilidade da formação de coisa julgada sobre questão e sua invocação por terceiros há muito tempo, na forma do instituto do *collateral estoppel*<sup>5</sup>. A identificação desse paralelo fez surgir um debate sobre a funcionalidade do instituto do *common law* e as expansões objetivas e subjetivas propostas pela interpretação dos artigos do Código de 2015.

O Brasil não é o único país de *civil law* que se abre à possibilidade de expandir limites da coisa julgada. Segundo Bruno Lopes<sup>6</sup>, a Itália e a França – países de *civil law* que tradicionalmente tinham limites da coisa julgada restritos ao pedido das partes – nos últimos anos, tiveram decisões nas quais os motivos necessários da decisão no dispositivo passaram a ser abrangidos. Segundo o autor, a proteção pela coisa julgada às questões prejudiciais também vem sendo defendida na doutrina italiana, como por Michele Taruffo e Diego Volpino, que, inclusive, fazem referência expressa ao *collateral estoppel*.

Essa mudança vem na esteira de um pensamento que busca mais segurança jurídica, coerência do direito e eficiência do sistema. A preclusão estabelecida pelos dois institutos impede a rediscussão de matérias já

---

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 636.

<sup>4</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 31-32.

<sup>5</sup> SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v. 56, n. 1, p. 1, 1942.

<sup>6</sup> LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40-41.

analisadas, discutidas e julgadas pelo Judiciário. Isso já é algo que o sistema processual busca conferir através das preclusões nele já estabelecidas. Essas preclusões acabam orientando as atitudes processuais das partes, de forma que é essencial que o juízo não rediscuta questões já decididas<sup>7</sup>.

Isso confere segurança jurídica ao impedir mudanças abruptas de entendimentos sobre uma mesma situação, coerência ao impedir contradições internas no sistema e eficácia, por evitar a relitigação indeterminada de um mesmo fato<sup>8</sup>. Além disso, a coisa julgada sobre questão em favor de terceiros vem se apresentado como uma alternativa ao que há muito se discute e se busca encontrar uma alternativa para resolução de problemas judiciais de massa de uma vez<sup>9</sup>.

Desses fatores, muito se fala sobre como a coisa julgada sobre questão afetaria a eficiência do processo brasileiro. Ao nos depararmos com os números apresentados pelos diversos relatórios “Justiça em Números”, apresentados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vemos um cenário em que há uma grande despesa com litigância habitual. Deve-se ressaltar, no entanto, que em um processo justo que busca ter uma duração razoável, a ideia que se deve ter não é simplesmente um processo célere, e sim a eliminação do tempo patológico<sup>10</sup>. Tal cenário é muito bem retratado por Marinoni no seguinte trecho:

Pois bem, no *civil law* praticamente *não se pensa a respeito do valor que o Estado gasta para, graciosamente, permitir a relitigação de uma questão já decidida*. Esse valor torna-se insuportável quando, decidida uma questão, confere-se ao sujeito vencido a oportunidade de voltar a discuti-la tantas vezes quanto são os seus adversários, como se o processo fosse um instrumento para o litigante vencer o seu opositor e não para a eliminação dos conflitos. Quando se tem consciência de que uma vez decidida uma questão, outros processos não se justificam para declarar o vencido *novamente* sem razão, resta claro que a prática que ainda assola o *civil law* constitui não apenas perda de tempo, mas sobretudo desperdício de dinheiro público, *evidenciando um Estado completamente irresponsável para com os seus membros*.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 30-33.

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro**. Revista de Processo, São Paulo, v. 259, p. 98, 2016.

<sup>9</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 25-26.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 860.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 220.

Na mesma linha, Fux e Bodart identificam no art, 503, § 1º do CPC/15 uma racionalidade econômica que busca o máximo aproveitamento dos investimentos em produção de provas, formulação de arrazoados e outros atos processuais<sup>12</sup>. Assim, haveria um respeito ao princípio econômico do processo ao buscar máximo rendimento com o mínimo dispêndio<sup>13</sup>.

No entanto, há quem defenda que o aumento da complexidade que as causas passariam a ter causaria um atraso processual, vez que o Judiciário brasileiro não teria estrutura para absorver essa nova demanda<sup>14</sup>. Outra insegurança causada seria quanto ao objeto do processo e a uma demora, antes inexistente, para a delimitação do objeto da coisa julgada, que só ocorrerá com a prolação da sentença<sup>15</sup>.

Diante desse panorama, o instituto estadunidense do *collateral estoppel* passou a ser muito discutido como uma forma de buscar compreender a operacionalidade da coisa julgada sobre questão. No entanto, apesar de passarmos a analisar institutos similares, devemos estar sempre atentos ao fato de que eles não são idênticos; e que mais diferentes ainda são os sistemas nos quais estão inseridos.

Deparamo-nos, então, com a situação em que tentamos comparar institutos de direito análogos, mas que estão inseridos em duas culturas legais distintas e dizem respeito a momentos de introdução do instituto no direito distintos: a coisa julgada sobre questão prejudicial em um sistema de *civil law* e inserida na cultura brasileira em 2015 e o *collateral estoppel*, no *common law*, que apresenta raízes no direito inglês desde o século XI<sup>16</sup>. Dessa forma, é importante que se perceba a complexidade das diferentes realidades em uma

---

<sup>12</sup> FUX, Luiz; BODERT, Bruno. **Processo Civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 150.

<sup>13</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 69.

<sup>14</sup> GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, v. 36, n. 194, p. 129, 2011; PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado**: Brasil e Estados Unidos. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 207.

<sup>15</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 486 ao 538. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 194-195

<sup>16</sup> MARINONI, 2019, p. 18.



perspectiva inclusiva do direito comparado e que os sistemas estão em constante movimento<sup>17</sup>.

Deve-se buscar olhar para algumas características de diferentes modelos e interpretá-los, para buscar um aperfeiçoamento das normas jurídicas nessa sociedade que se apresenta cada vez mais aberta. Assim, para interpretar o sistema estadunidense, é preciso ter em mente que ele é baseado principalmente nos elementos da tradição e da equidade, e a replicação das decisões pautadas nessas ideias fornece ferramentas interpretativas aos juízes. Essa interpretação dos juízes ocorre tanto no Direito Material quanto no Processual, sendo que, no segundo, busca-se uma aplicação ordeira, correta, eficiente e previsível dos direitos materiais<sup>18</sup>.

Tendo isso em mente, percebe-se que uma simples comparação teórica não é o suficiente para que uma análise adequada seja feita, é preciso incluir o contexto em que cada um dos institutos está inserido para que seja possível compreender seus efeitos em cada sistema jurídico. É nessa linha que este trabalho se propõe a abordar o estudo do *collateral estoppel*: entender os efeitos práticos que a inclusão de um instituto como esse causa na dinâmica do processo a partir da experiência do Direito estadunidense.

Assim, esta pesquisa se utilizará da análise econômica do direito para tentar interpretar como o *collateral estoppel* opera no processo e os efeitos que passa a ter nos envolvidos, buscando ter um olhar atento à realidade social na qual o processo está inserido<sup>19</sup>. Primeiramente, será traçado um panorama geral do processo brasileiro onde se busca incluir a coisa julgada sobre questão. Com a análise dos números processuais, será possível traçar alguns pontos que, posteriormente, serão o foco principal de análise do *collateral estoppel*.

Em seguida, a Análise Econômica do Direito será abordada, buscando esclarecer sua metodologia para a criação de modelos capazes de simplificar a realidade e identificar problemas e soluções no estudo do direito. A simplificação, contudo, constitui escolhas, de maneira que se configuraram diferentes escolas

---

<sup>17</sup> DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. **Processo Civil Comparado**: uma perspectiva evolutiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 17, 38-39.

<sup>18</sup> ZACLIS, Lionel. Direito Processual Civil Estadunidense. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito Processual Civil Americano Contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 165-168.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 44-45.

que valorizam essas “escolhas” de formas distintas. Assim, as duas principais vertentes da Análise Econômica do Direito serão abordadas.

Na sequência, o instituto do *collateral estoppel* será abordado, buscando conferir uma visão ampla de como ele opera no sistema estadunidense. Com uma perspectiva de como esse instituto é tratado, será possível fazer uma leitura de como ele influi na dinâmica processual e na visão das partes do processo através da Análise Econômica do Direito.

Com uma visão mais clara sobre os efeitos práticos do *collateral estoppel* em um sistema no qual ele já é aplicado há muito tempo, busca-se fornecer ferramentas para que a futura aplicação da coisa julgada sobre questão no Brasil seja feita de forma a cumprir com os objetivos a que se propõe e contribuir ao melhor funcionamento do sistema judicial evitando problemas já enfrentados em outra cultura jurídica.

## 2 AS PARTES DIANTE DO PROCESSO

### 2.1 TEMPO DO PROCESSO NO BRASIL

Quanto tempo leva a tramitação de um processo no Brasil sempre foi uma pergunta recorrente, mas não se tinha acesso à resposta a esse questionamento por conta da ausência de pesquisas empíricas. No entanto, com os relatórios *Justiça em Números* do CNJ, esse panorama mudou e passou a haver acesso a dados gerais sobre o Judiciário e o tempo de tramitação dos processos no Brasil<sup>20</sup>.

Tais dados são importantes para se ter uma visão geral do Judiciário brasileiro e orientar as políticas que devem ser adotadas para melhorar o sistema atual. Dessa forma, é possível analisar a qualidade dos serviços judiciais e do nível de acesso à justiça no país<sup>21</sup>.

No entanto, por apresentar dados gerais, é preciso ter cuidado durante a leitura dos números apresentados no relatório do CNJ<sup>22</sup>. Estes são produto de uma média geral que engloba todos os processos, desde aqueles que são fadados ao insucesso por carência de ação ou ausência de pressupostos de existência ou validade até aqueles processos que percorrem longos caminhos recursais até o trânsito em julgado<sup>23</sup>.

Ainda assim, observando o tempo requerido por cada processo, pode ser feita uma média de quanto cada processo toma do 1º e do 2º grau, dando uma ideia geral sobre quanto tempo cada instância leva para julgar um caso a ela apresentado.

---

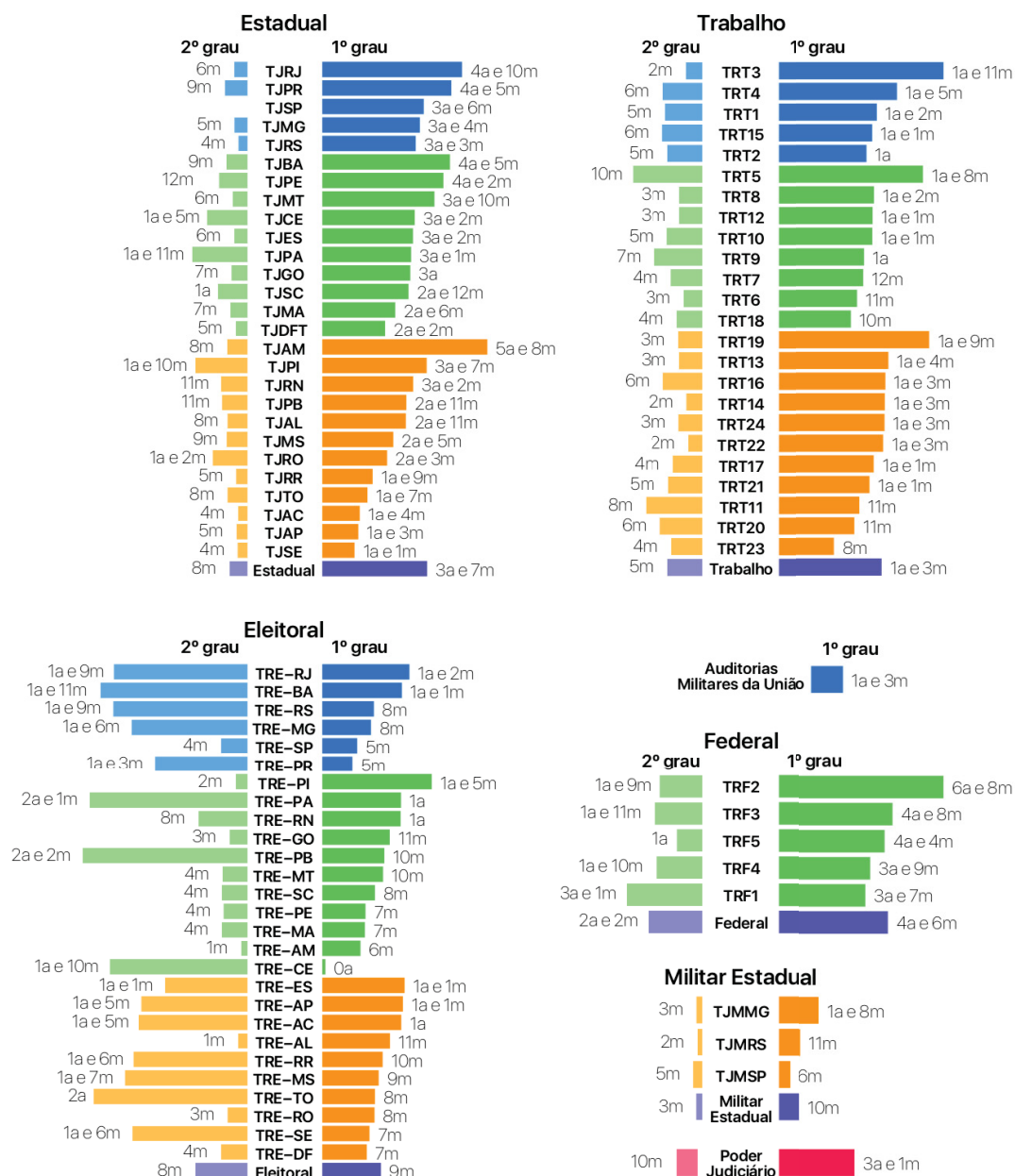
<sup>20</sup> WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 55.

<sup>21</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. p. 6.

<sup>22</sup> WOLKART, op. cit., p. 57.

<sup>23</sup> ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 797 ao 823. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 100-102.

## GRÁFICO 1 – TEMPO MÉDIO DA INICIAL ATÉ A SENTENÇA NO 2º GRAU E 1º GRAU, POR TRIBUNAL



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. p. 153.

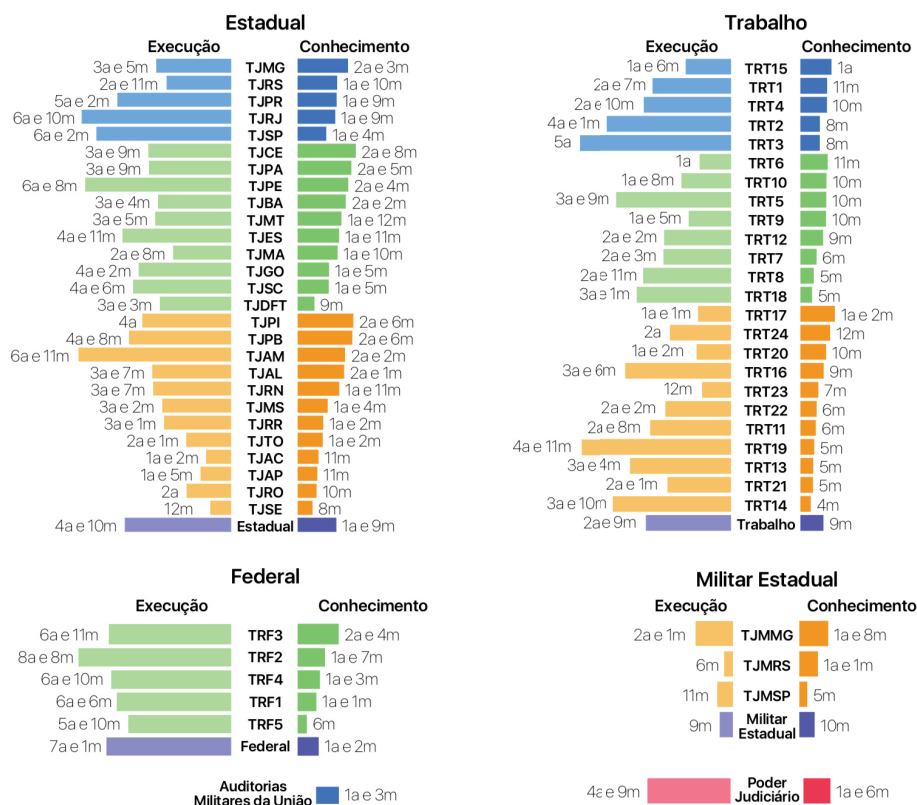
Como se vê, o 1º grau leva em média 3 anos e um mês entre receber um processo e dar uma sentença, enquanto o 2º grau tarda 10 meses<sup>24</sup>.

Do mesmo modo, o estudo aponta para a diferença de tempo entre a fase de conhecimento e a de execução. A primeira, na qual o juiz deve vencer a

<sup>24</sup> BRASIL, 2019. p. 152.

postulação das partes e dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a execução, que não envolve atividade de cognição, apenas a concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial<sup>25</sup>.

**GRÁFICO 2 – TEMPO MÉDIO DA INICIAL ATÉ A SENTENÇA NAS FASES DE EXECUÇÃO E CONHECIMENTO, NO 1º GRAU, POR TRIBUNAL**



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. p. 154.

Deve-se considerar, contudo, que o gráfico (Gráfico 2) apenas leva em consideração aqueles processos que efetivamente chegam a uma sentença, excluindo dos dados os processos em trâmite.

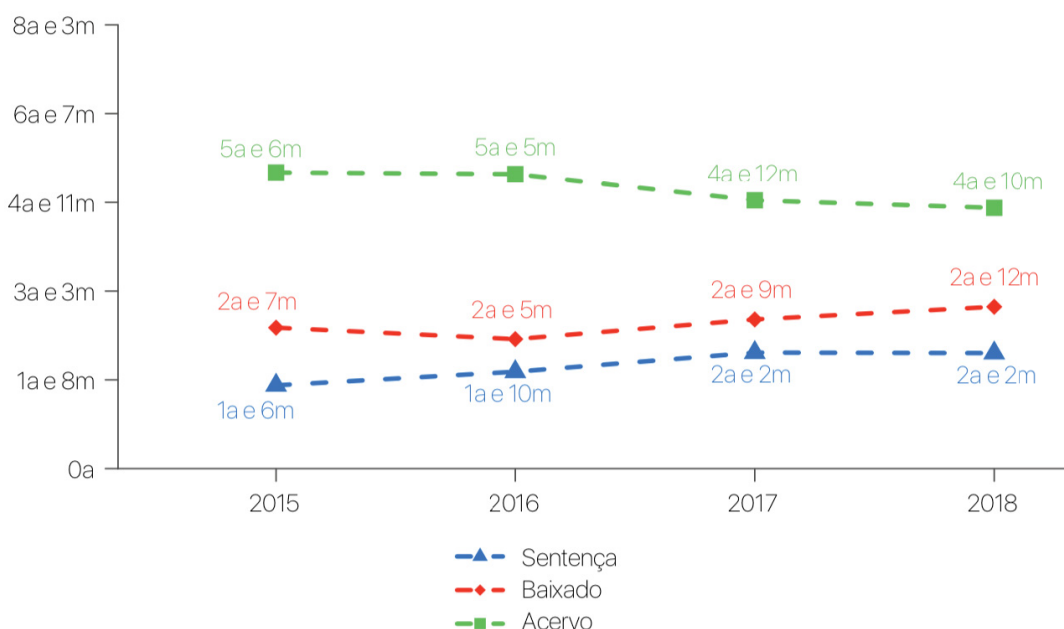
Essa diferença de recorte quanto ao estado em que o processo se encontra pode ser vista no gráfico a seguir (Gráfico 3), onde se vê o tempo da inicial até a sentença, até a baixa e o tempo de processos pendentes em acervo. Segundo o relatório<sup>26</sup>, o fato de os primeiros estarem em ascendência enquanto

<sup>25</sup> BRASIL, 2019, p. 153.

<sup>26</sup> BRASIL, 2019, p. 151.

o último diminui se dá em razão de que, entre as Metas Nacionais do Poder Judiciário, os processos antigos devem ser priorizados.

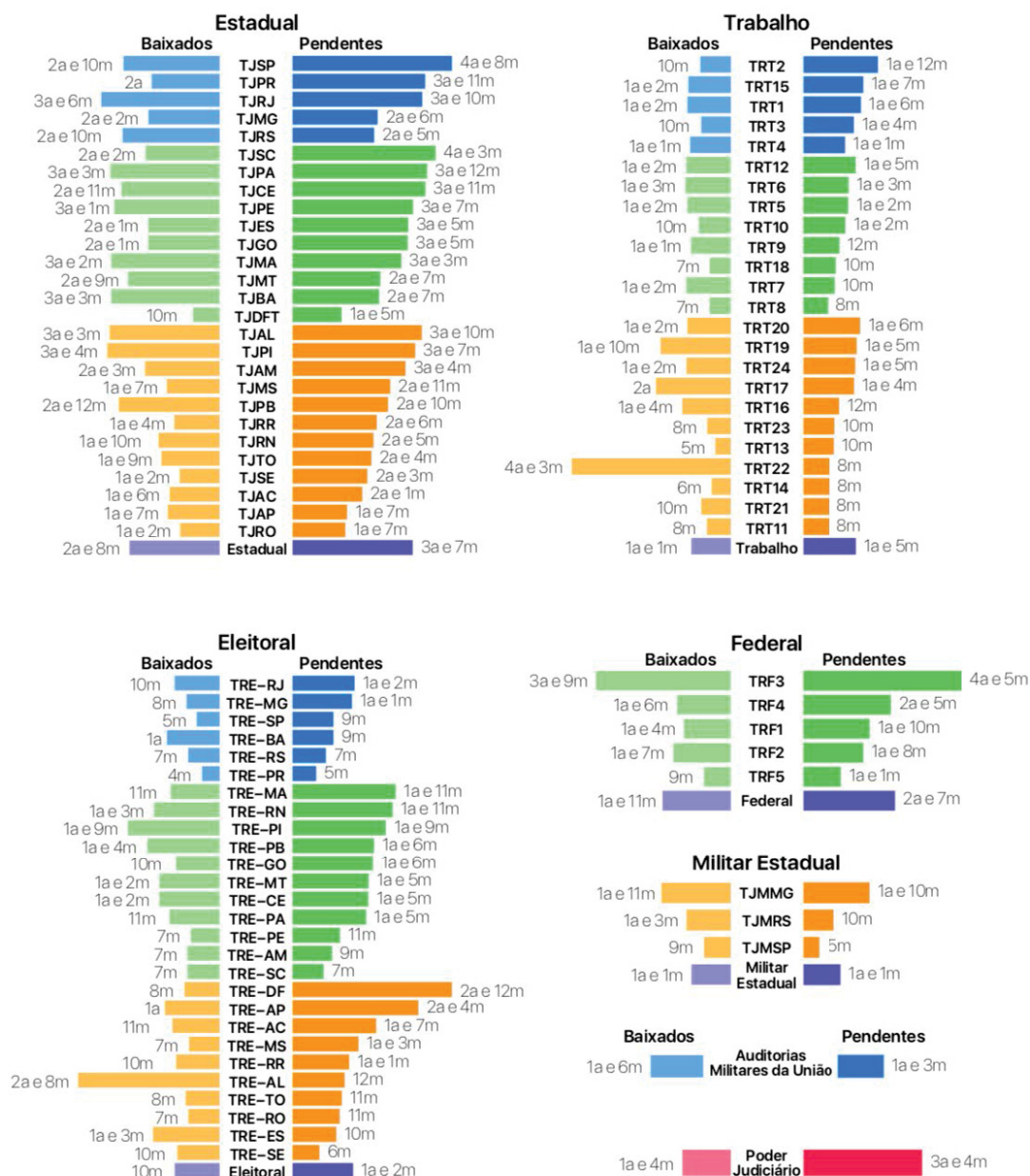
**GRÁFICO 3 – SÉRIE HISTÓRICA DO TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DOS PROCESSOS**



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. p. 151.

Dessa forma, há outra análise no mesmo estudo publicado pelo CNJ onde é contabilizado o tempo dos processos em tramitação. Apesar de ela cobrir aquilo que o Gráfico 2 desconsidera, também podemos encontrar pontos de imprecisão. Os processos mais trabalhosos que tramitam há muito tempo sem uma solução ou as execuções que nunca se efetivam aumentam muito a média, como se vê nos gráficos a seguir (Gráficos 4 e 5).

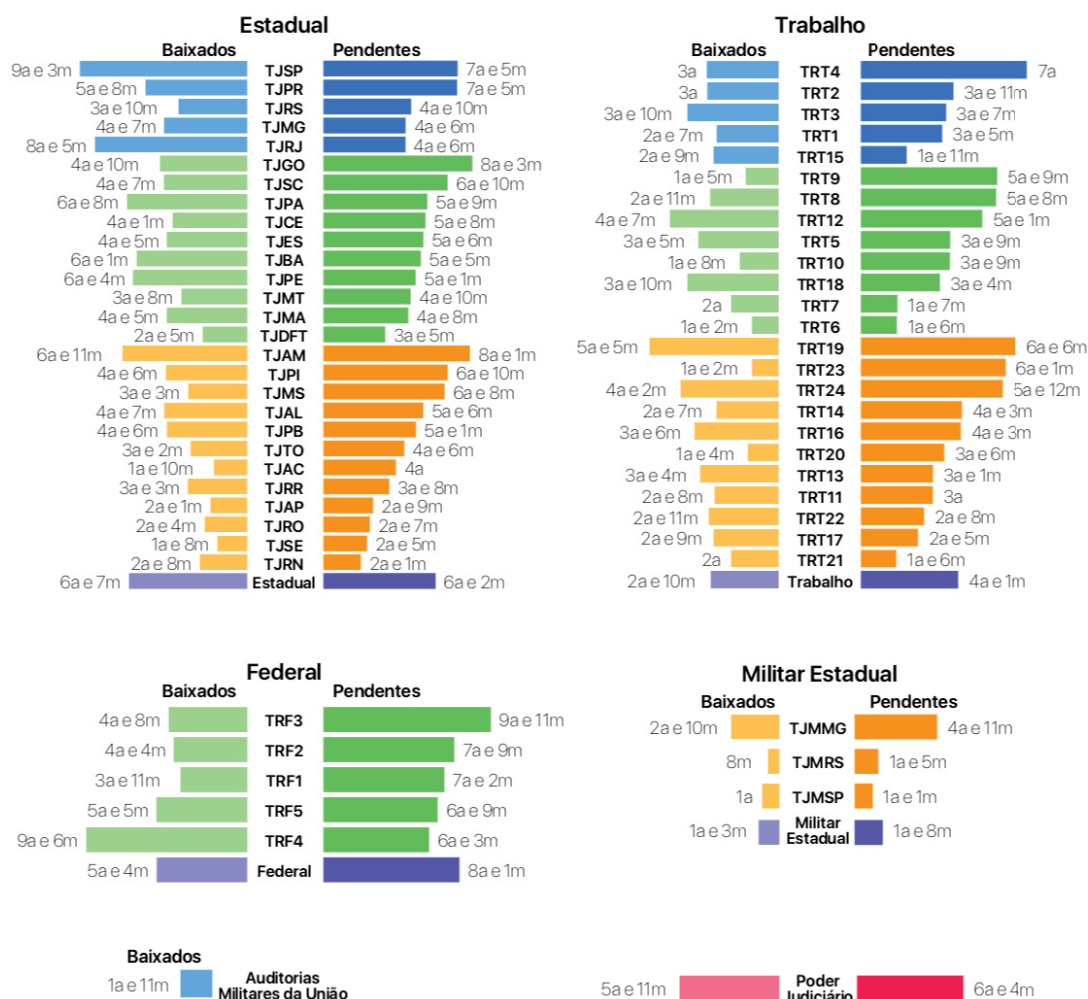
GRÁFICO 4 – TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS PENDENTES E BAIXADOS NA FASE DE 1º GRAU



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. p. 156.



GRÁFICO 5 – TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS PENDENTES E BAIXADOS NA FASE DE EXECUÇÃO DE 1º GRAU



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. p. 157.

A leitura de ambos os gráficos deve ser feita em conjunto. Enquanto o Gráfico 4 apresenta o tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados na fase de 1º grau, o Gráfico 5 apresenta os que já estão em fase de execução. Pela leitura dos gráficos, podemos identificar algumas situações no direito brasileiro que colaboram para o acúmulo de processos nos Tribunais brasileiros, que acabam interferindo no cumprimento da função processual de prestação da tutela jurisdicional de forma adequada, efetiva e tempestiva<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 42-43.



### 2.1.1 EXECUÇÃO<sup>28</sup>

Em análise dos dados sobre o tempo do processo, o relatório do CNJ desnudou o problema do “gargalo da execução”<sup>29</sup>. A execução representa o que realmente se busca com o processo: a efetivação do provimento jurisdicional<sup>30</sup>. Ninguém busca apenas o provimento jurisdicional sem poder desfrutar dele<sup>31</sup>. A expectativa da fase executiva seria a de ser mais ágil que a de conhecimento, uma vez que o direito já foi reconhecido pelo juiz. No entanto, como se viu nos gráficos apresentados anteriormente, há uma grande diferença entre os tempos de duração do processo de conhecimento e o de execução<sup>32</sup>.

O gráfico a seguir (Gráfico 6) é um recorte do Gráfico 2 e retrata o tempo médio da inicial até a sentença nas fases de execução e conhecimento, no 1º grau, por Tribunal. Aqui, é feito um destaque na Justiça Estadual.

---

<sup>28</sup> Apesar de a execução não aparentar direta relação com o tema investigado neste trabalho, deve ser analisado que cada processo executivo é um produto de um processo originário. Portanto, o que se buscará ilustrar é que quanto mais processos repetitivos, mais execuções repetidas existirão.

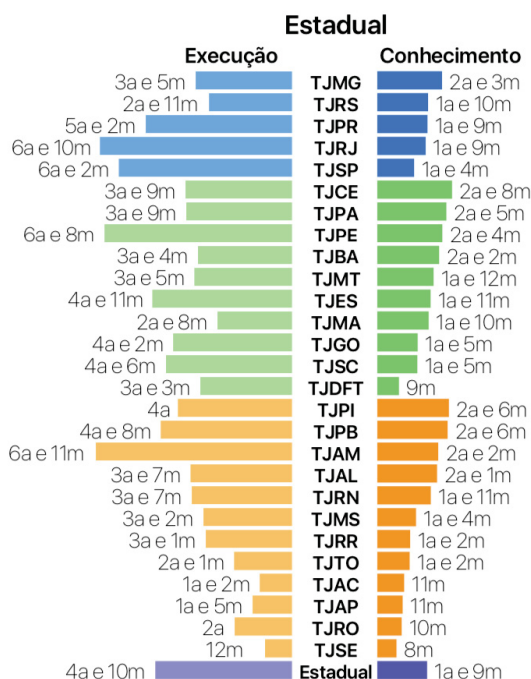
<sup>29</sup> BRASIL, 2019, p. 126.

<sup>30</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2016**. Brasília: CNJ, 2016, p. 61.

<sup>31</sup> WOLKART, 2019, p. 55.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 55.

GRÁFICO 6 – TEMPO MÉDIO DA INICIAL ATÉ A SENTENÇA NAS FASES DE EXECUÇÃO E CONHECIMENTO, NO 1º GRAU, POR TRIBUNAL ESTADUAL



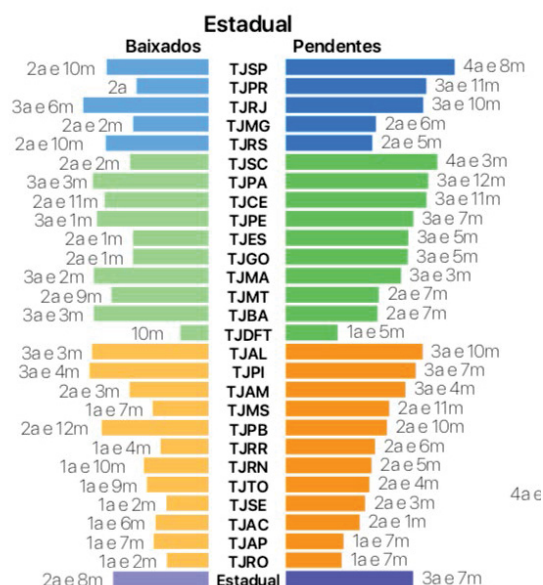
FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. p. 154.

Como se pode ver, usando a Justiça Estadual como exemplo, um processo na fase de conhecimento dura, em média, 1 ano e 9 meses, enquanto a fase de execução tarda 4 anos e 10 meses. Isso explicita, como é possível depreender da análise dos dados, uma grande diferença “de tempos entre ganhar e levar”<sup>33</sup>. Como realçado pelo próprio relatório, fica claro onde está a grande dificuldade que os juízes enfrentam para concluir o litígio. Não é no momento de ouvir as partes ou para fazer a instrução probatória, mas sim no momento da concretização do direito reconhecido<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> WOLKART, 2019, p. 56.

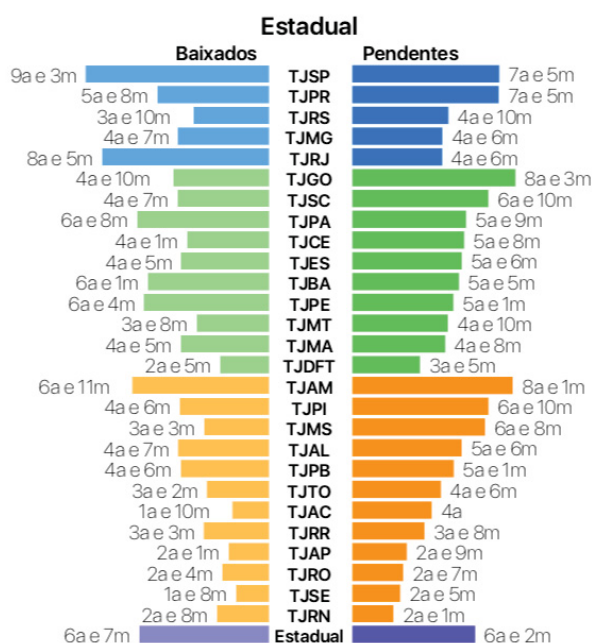
<sup>34</sup> BRASIL, 2019, p. 153.

GRÁFICO 7 – TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS PENDENTES E BAIXADOS NA FASE DE 1º GRAU, NA JUSTIÇA ESTADUAL



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 156.

GRÁFICO 8 – TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS PENDENTES E BAIXADOS NA FASE DE EXECUÇÃO DE 1º GRAU, NA JUSTIÇA ESTADUAL



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 157.

Como é possível ponderar a partir da leitura dos dados, mesmo uma comparação dos tempos médios de tramitação expostos nos Gráficos 7 e 8 revela resultados similares aos apresentados pelos Gráficos 2 e 6, nos quais o tempo de processos em fase executiva é muito maior que durante a fase de conhecimento. Enquanto a média de tempo de tramitação para processos baixados e pendentes é de 2 anos e 8 meses e de 3 anos e 7 meses, respectivamente, os processos baixados e pendentes em fase de execução duram 6 anos e 7 meses e 6 anos e 2 meses, respectivamente. Isso leva à seguinte conclusão: o tempo para a efetivação do provimento jurisdicional no Brasil é problemático<sup>35</sup>.

Com base nos números apresentados, podemos ver que os casos levados ao Judiciário são resolvidos com mais rapidez do que são efetivados. Em outras palavras, a resposta judicial na fase de conhecimento demora menos tempo do que a execução, onde se dá cumprimento à ordem. Assim, é intuitivo concluir que há um acúmulo no volume de execuções e, por consequência, um acúmulo no volume de processos em geral.

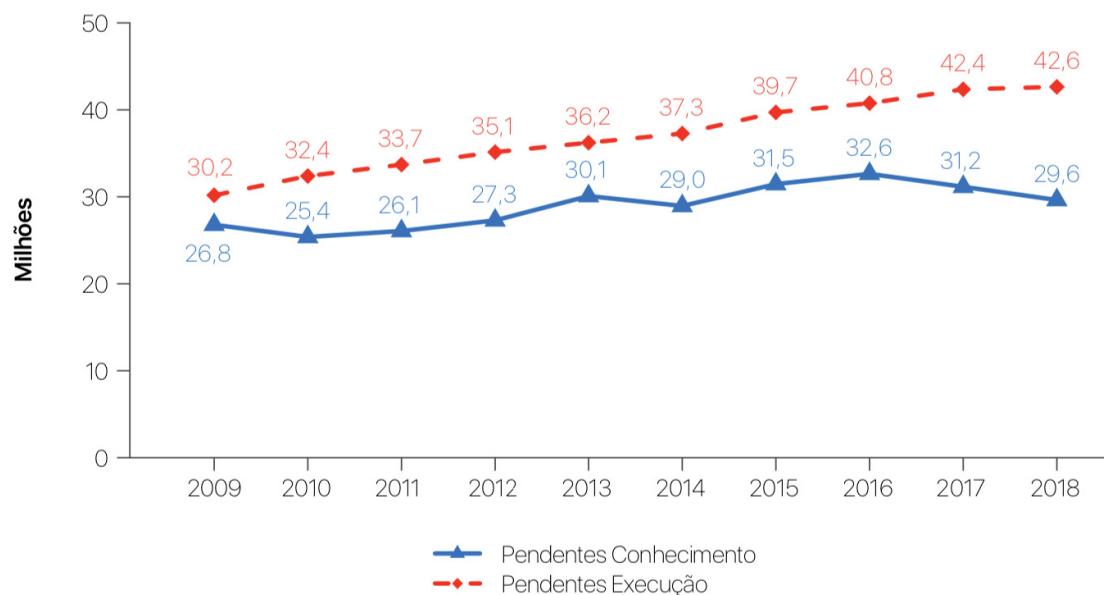
Por conta dessa situação, ao final do ano de 2018, o Poder Judiciário possuía um acervo de 79 milhões de processos pendentes de baixa; desses, mais da metade (54%) se referia à fase de execução<sup>36</sup>. Mais uma vez, pelos números já apresentados, a tendência desse cenário é a de que a porcentagem de processos em fase executiva só aumente, o que se vê pelo gráfico a seguir:

---

<sup>35</sup> WOLKART, 2019, p. 58.

<sup>36</sup> BRASIL, 2019, p. 126.

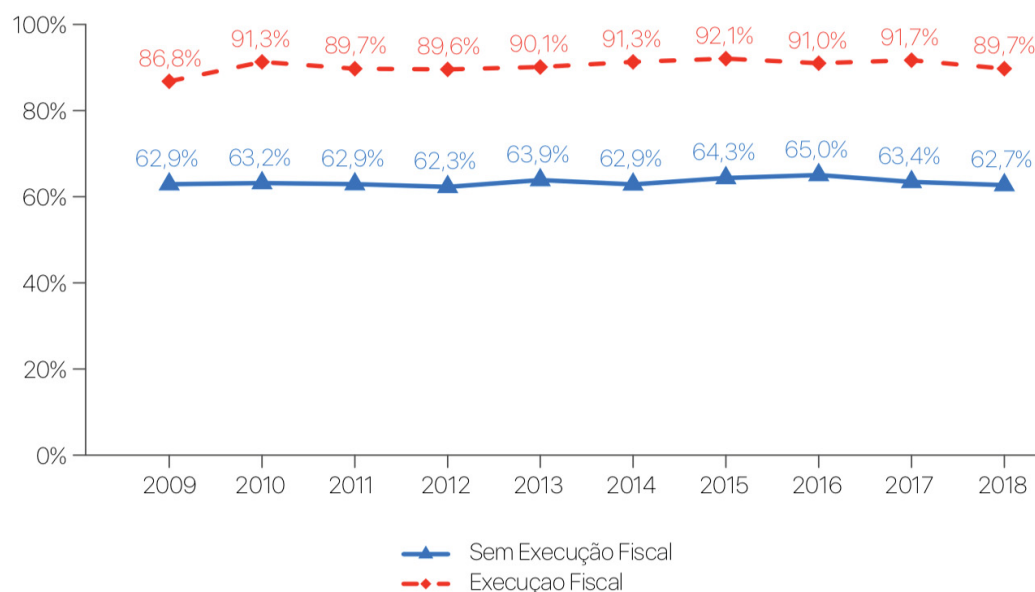
GRÁFICO 9 – SÉRIE HISTÓRICA DOS CASOS PENDENTES NAS FASES DE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 127.

Deve-se destacar, no entanto, que tais números levam em consideração não apenas as execuções civis, mas também as penais e fiscais. As execuções fiscais representam, sozinhas, grande parte do volume congestionado das execuções no Brasil.

GRÁFICO 10 – SÉRIE HISTÓRICA DO IMPACTO DA EXECUÇÃO FISCAL NA TAXA DE CONGESTIONAMENTO TOTAL



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 133.

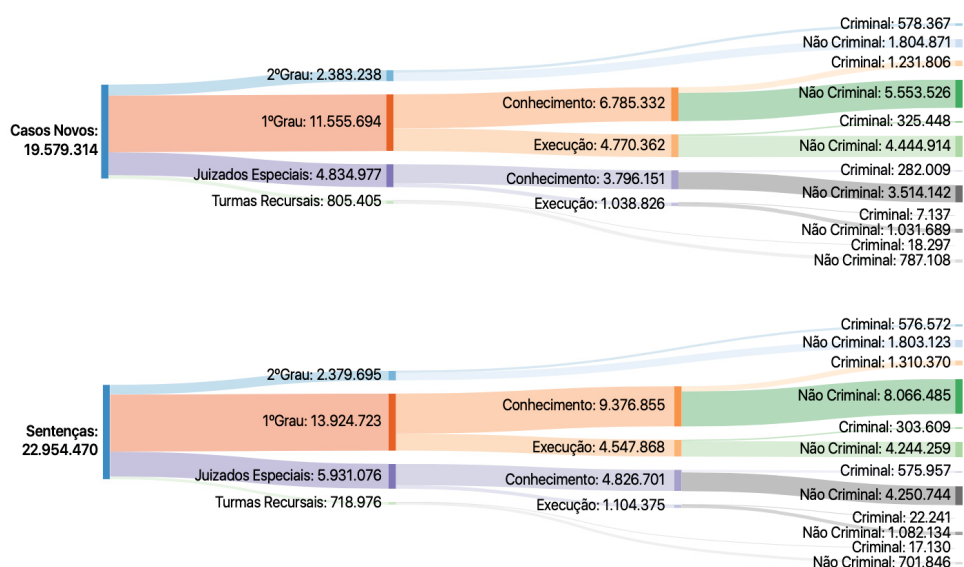
Conforme o Gráfico 10, no ano de 2018, por exemplo, caso se retirassem todas as execuções fiscais, a taxa de congestionamento<sup>37</sup> cairia de 89,7% para 62,7%. Apesar da grande diminuição do congestionamento (17%), deve-se destacar que uma taxa de congestionamento de 62,7% ainda é elevada. Assim, fica claro que mesmo excluindo as execuções fiscais, o ônus temporal das execuções é pesadíssimo<sup>38</sup>.

É importante ressaltar que os números apresentados pelo CNJ e o gargalo da execução identificado voltam-se principalmente para a execução civil. Como se vê nos fluxogramas a seguir, dentre as execuções analisadas, a maioria ocorre em âmbito não criminal.

<sup>37</sup> “A Taxa de Congestionamento é um indicador de Litigiosidade integrante do relatório anual do Justiça em Números. Trata-se de uma medida que mede a efetividade de uma unidade judiciária baseada na relação entre o estoque processual e o número de baixas procedidas em dado período. Em suma, quanto menor é a taxa, melhor é o resultado. Basicamente, a redução do congestionamento depende do aumento do número de baixas processuais da unidade”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. **Taxa de Congestionamento**. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Coordenadoria-de-Estatistica/177241-Taxa-de-Congestionamento.xhtml>>. Acesso em: 5 jan. 2020.

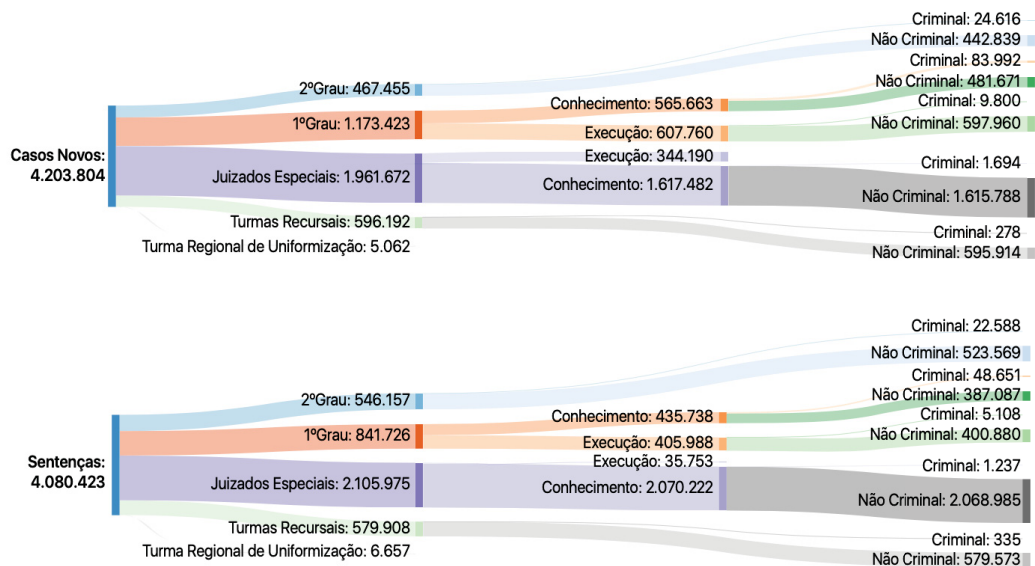
<sup>38</sup> WOLKART, 2019, p. 75.

## GRÁFICO 11 – MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL - JUSTIÇA ESTADUAL



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 40.

## GRÁFICO 12 – MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL - JUSTIÇA FEDERAL



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 48.

## 2.1.2 RECORRIBILIDADE

Outro fator analisado no relatório do CNJ é o da recorribilidade. Segundo Erik Navarro Wolkart, é possível identificar traços de relação entre tal fator e a ineficiência<sup>39</sup>.

O Conselho Nacional de Justiça utiliza como critério de análise os conceitos de “recorribilidade interna” e “recorribilidade externa” para diferenciar os tipos de recurso realizados. A recorribilidade interna diz respeito ao número de recursos endereçados ao mesmo órgão judicial prolator da decisão recorrida e o número de decisões por ele proferidas<sup>40</sup>. É o caso, por exemplo, de recursos como embargos de declaração e agravos internos.

A recorribilidade externa é calculada pela proporção de recursos dirigidos a órgão jurisdicionais de instância superior ou com competência revisora em relação ao órgão prolator da decisão e o número de decisões passíveis de recursos dessa natureza. É o caso, por exemplo, de recursos como apelação, agravo de instrumento e recursos especiais e extraordinários.

O Gráfico 11 indica a série histórica e mostra indicadores estáveis no que se refere à recorribilidade interna e sinaliza um leve aumento no ano de 2018 após 4 anos de queda:

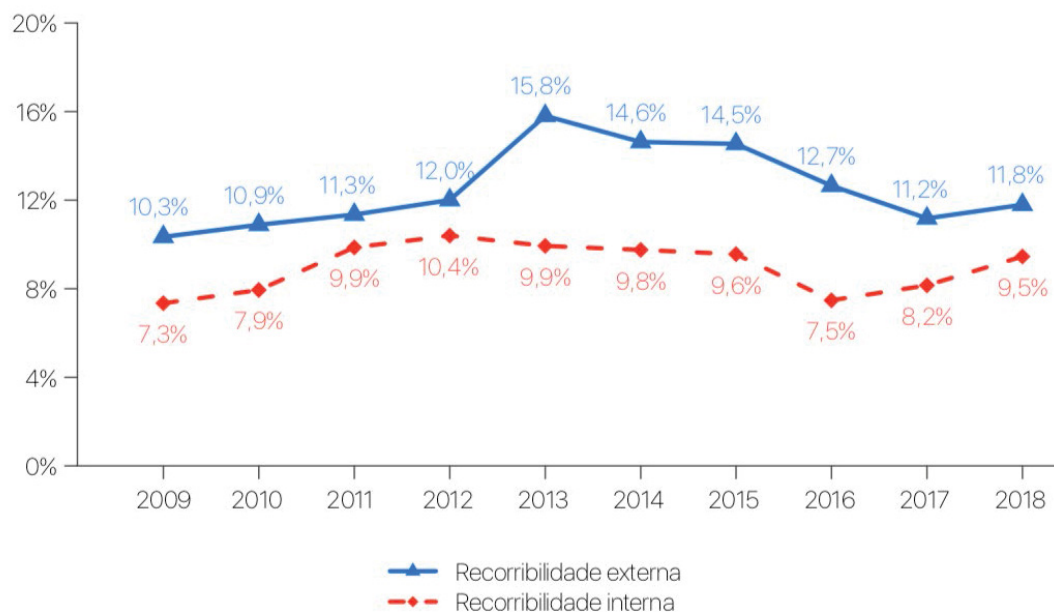
---

<sup>39</sup> WOLKART, 2019, p. 69.

<sup>40</sup> BRASIL, 2019, p. 101.



GRÁFICO 13 – SÉRIE HISTÓRICA DOS ÍNDICES DE RECORRIBILIDADE INTERNA E EXTERNA



FONTE: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 103.

Apesar de o valor percentual da recorribilidade interna e externa serem aparentemente pequenos, de 9,5% e 11,8%, respectivamente, esses números podem enganar. Conforme alerta Erik Navarro Wolkart<sup>41</sup>, considerando os números absolutos que são direcionados aos Tribunais – que possuem “uma força de trabalho infinitamente inferior à primeira instância”<sup>42</sup> – passa a se colocar em xeque o papel corretivo dos recursos. O que estaria acontecendo é a conformação de um cenário de “terra do faz de conta”, onde os índices de produtividade por ministro ou desembargador deixam claro uma impossibilidade de que as decisões tenham sido tomadas com alguma reflexão superior<sup>43</sup>.

Além disso, esse autor alerta que aqueles que consideram tal índice baixo, como foi feito no *Relatório Justiça em Números 2016*<sup>44</sup>, indicam uma realidade problemática: os recursos são vistos como regra e não como a exceção<sup>45</sup>. O relatório do CNJ identifica um agravamento de tal comportamento

<sup>41</sup> WOLKART, 2019, p. 69-75.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>44</sup> BRASIL, 2016, p. 101.

<sup>45</sup> WOLKART, 2019, p. 73.

em instâncias superiores, concluindo que “quanto maior a instância, maior o índice de recorribilidade, tanto externa quanto interna”<sup>46</sup>.

Isso fica ainda mais claro ao se observar alguns números. Imagina-se que a decisão de recorrer é pautada em uma escolha lógica baseada em uma certa probabilidade de sucesso. Nesse contexto, o exemplo dos recursos extraordinários e de agravos de instrumento dirigidos ao Supremo Tribunal Federal se tornam intrigantes. Entre os anos de 2010 e 2019, 362.949 recursos dessas classes foram distribuídos ao STF, mas 96,82% desses recursos no âmbito cível não foram providos<sup>47</sup>. Esse indicador, segundo Gico Jr. e Cavalcante, apresenta uma disfuncionalidade no sistema, uma vez que as partes recorrem mesmo em face de uma pequena probabilidade de êxito<sup>48</sup>.

Os autores sustentam que tal comportamento é problemático, pois seria contrário a uma decisão racional das partes. A decisão racional seria aquela na qual as partes, com auxílio de seu advogado, tomariam uma decisão pautada em informações sobre o custo-benefício das ações. Assim, haveria lógica no recurso da parte sucumbente caso acredite “que os benefícios esperados do recurso, caso seja provido, superem os custos de recorrer e o prejuízo decorrente caso seja desprovido”<sup>49</sup>. Tais decisões lógicas podem ser colocadas em prática com a ajuda da análise econômica do direito e, assim, analisar a funcionalidade da estrutura do sistema processual<sup>50</sup>.

### 2.1.3 INCERTEZA QUANTO AOS FATOS E AO DIREITO

As incertezas tornam-se incentivos à persistência do litígio e à insistência na obtenção de uma resposta jurisdicional. As partes se motivam pela possibilidade incerta de prejuízo, tanto na execução, ao se preferir perpetuar a

---

<sup>46</sup> BRASIL, 2019, p. 101.

<sup>47</sup> FUX; BODART, 2019, p. 153-154.

<sup>48</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 1, 2019.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>50</sup> CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. **A lógica do processo: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro**. 2012. 78 f. Dissertação (Mestrado em Análise Econômica do Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012, p. 32.

discussão do que quitá-la logo de início por conta da grande chance de demora da efetivação do direito, quanto na recorribilidade, ao entenderem que um recurso pode trazer maior custo-benefício mesmo em uma causa com pouca probabilidade de êxito.

Somando-se a isso, Wolkart identifica também incertezas quanto aos fatos e ao direito. No desenho processual brasileiro, as partes iniciam o processo sem uma simetria de informações em diversos momentos, de forma que os fatos em litígio permanecem incertos por muito tempo, o que é indesejável para a eficiência do processo. Segundo o autor, cria-se um ambiente de penumbra em que as partes não podem mensurar uma estratégia, reduzindo o “intervalo” para eventual autocomposição<sup>51</sup>.

Wolkart dá o exemplo do art. 319, IV do CPC, onde, ao dar início a um processo, o autor deve indicar os meios de prova que pretende utilizar para demonstrar a verdade dos fatos. No entanto, a admissão do “protesto genérico” de provas prejudica um ambiente de negociações, pois retém informações da parte contrária, que não pode iniciar seu processo de análise de custo-benefício de permanência no processo<sup>52</sup>.

[...] o Código contribuiu para, em alguns casos, aumentar a assimetria que já existia antes do ajuizamento da ação. Imagine-se o autor e réus otimistas com alto prognóstico de vitória. Suponha-se que o autor alegue um fato sobre o qual o réu já tem uma testemunha que dará uma versão vantajosa para suas pretensões. Isso aumentará o otimismo do réu, sem alterar o otimismo do autor, reduzindo ainda mais o *intervalo de acordo* no momento da audiência.<sup>53</sup>

A incerteza das partes pode, também, estar vinculada à percepção do direito. Enquanto a incerteza dos fatos surge de (i) divergências interpretativas de informação comum e (ii) de assimetria no acesso à informação, a incerteza quanto ao direito nasce principalmente da primeira das causas.<sup>54</sup>

A princípio, ambas as partes têm acesso ao conhecimento do direito posto, e a partir dele, traçam sua análise processual para o caso em litígio. Um sistema de justiça capaz de fixar com razoável segurança jurídica a interpretação

---

<sup>51</sup> WOLKART, 2019, p. 361.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 359-360.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 361.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 373.

“correta” da lei<sup>55</sup> fornece às partes informações mais seguras para traçar sua estratégia.

Ao escrever sobre precedentes, Marinoni identifica a grande importância da segurança jurídica para a sociedade. Segundo o autor, o cidadão precisa ter, até certa medida, segurança de sua posição jurídica para poder definir seu próprio comportamento e suas ações. Justamente por conta dessa grande importância, a segurança é vista como valor fundamental e é arrolada no *caput* do art. 5º da Constituição Federal<sup>56</sup>. Na mesma linha, Ingo Sarlet vai além e vincula a segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana, pois é a partir da estabilidade que ela norteará sua vida pessoal<sup>57</sup>.

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana [...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.<sup>58</sup>

Nessa linha de pensamento, Frederick Schauer identifica a continuidade de decisões e padrões judiciais como de extrema importância para que as partes possam exercer seu arbítrio – que é, em si mesmo, tema central para o direito. Quando as diretivas legais são amplas e vagas há um poder interpretativo muito grande para a autoridade que se depara com o caso concreto. O resultado é uma falta de previsibilidade do direito e a necessidade de que juízes se debrucem intensamente em análises caso a caso individualmente, dando

---

<sup>55</sup> WOLKART, 2019, p. 373.

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 118-120.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional**, vol. 57, 2006.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 11.

margem para decisões discrepantes em casos semelhantes e administrando recursos de forma ineficiente<sup>59</sup>.

Em sistemas onde há maior previsibilidade, pode-se determinar condutas individuais que não acarretarão imprevistos ou serão contestadas. Isso permite que estratégias de investimentos e de objetivos de vida sejam traçadas<sup>60</sup>. No entanto, esse raciocínio construído no ambiente extraprocessual também pode ser trazido para dentro do processo: uma das partes só poderá definir uma conduta adequada se tiver certa expectativa das decisões que ali são tomadas. Se por acaso a parte estiver com a razão, é justo que tenha informações para julgar se deve ou não fazer um acordo e por qual valor; que não faça um acordo prejudicial ou que permaneça indefinidamente em um litígio por estar “no escuro”.

---

<sup>59</sup> O exemplo dado pelo autor é o de fábricas que despejam lixo industrial em um rio, decidir se o nível de poluição é danoso para a região que a fábrica se encontra demanda muito tempo e análise técnica, mas após determinado esse nível uma simples análise já resolveria o problema. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 188-193.

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109-111.

### 3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUAS PRINCIPAIS VERTENTES

O campo de estudo da Análise Econômica do Direito (AED) busca usar conhecimentos desenvolvidos na Economia nos estudos de Direito<sup>61</sup>. A Economia é, de modo amplo, o estudo da alocação de recursos, que são escassos, de forma eficiente; considerando o comportamento dos diferentes agentes, busca a maximização do atendimento das preferências pessoais. Isso quer dizer que a Economia abrange qualquer análise de questões que se referem à alocação de recursos limitados de forma eficiente e que melhor satisfaça os interesses dos integrantes de certo grupo, inclusive o modo como esses agentes tomam decisões e a forma como interagem<sup>62</sup>.

É da natureza do pensamento econômico a expectativa de que cada indivíduo tome suas decisões visando à maximização da utilidade e da satisfação, de forma a tomar o ser humano como um ser racionalmente “maximizador” de seus fins durante sua vida. Isso, no entanto, não quer dizer que as escolhas sejam totalmente fruto de uma escolha por cálculos conscientes. O modelo compreende que a capacidade das pessoas de processar informações é limitada, de forma que o foco é observar dentro desse limite de informações qual seria a decisão racional a ser tomada tendo como norte a presunção de maximizar a satisfação pela escolha<sup>63</sup>.

Nessa linha, se vê que a análise do Direito é de extrema importância para a Economia, uma vez que influencia a forma como os indivíduos se comportam em busca de seus interesses. As mudanças na configuração no ordenamento jurídico podem causar modificações na forma em que os recursos são alocados na sociedade – seja intencionalmente ou não. Uma das principais características da análise econômica do Direito é, portanto, concentrar seu exame nas consequências das normas (não nas normas em si, mas nos efeitos por elas causados)<sup>64</sup>.

Essa matriz econômica vista no direito foi identificada por Richard Posner ao perceber que por ser imerso em uma estrutura de iguais, casos iguais

---

<sup>61</sup> FUX; BODERT, 2019, p. 1.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>63</sup> POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2014, p. 3-4.

<sup>64</sup> FUX; BODERT, 2019, p. 2.

deveriam se replicar coerentemente com as mesmas soluções. Essa estrutura, portanto, permitiria uma previsibilidade para alocação de recursos tanto das partes como do Poder Público<sup>65</sup>:

O requisito de que a lei deve tratar iguais igualmente é outra maneira de dizer que a lei deve ter uma estrutura racional, pois tratar de maneira diferente coisas iguais é irracional. A teoria econômica é um sistema de lógica dedutiva: quando aplicada corretamente, produz resultados consistentes entre si. Na medida em que a lei tem uma estrutura econômica implícita, deve ser racional; deve tratar casos semelhantes.<sup>66</sup>

A análise econômica do direito não se resume a uma intersecção comum entre as ciências da Economia e do Direito, mas sim da expansão do método científico adotado no estudo da Economia para o desenvolvimento do pensamento jurídico<sup>67</sup>. Isso, no entanto, não significa dizer que os problemas econômicos são mais importantes que os enfrentados por juristas, representa apenas a adoção de uma metodologia desenvolvida na Economia para o desenvolvimento do Direito através de uma metodologia diversa<sup>68</sup>.

Essa metodologia de análise do Direito é pautada na ideia de que o comportamento humano é sempre uma resposta a incentivos<sup>69</sup>. Ela conta com diversas frentes, das quais pode-se destacar duas principais, que serão descritas a seguir: a análise positiva e normativa do direito.

### 3.1 O UTILITARISMO DE RICHARD POSNER E A ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA

#### 3.1.1 POSNER E A ABERTURA DO DIREITO PARA OS CONCEITOS DA ECONOMIA

---

<sup>65</sup> POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 70-75.

<sup>66</sup> Tradução livre de: "The requirement that law must treat equals equally is another way of saying that the law must have a rational structure, for to treat differently things that are the same is irrational. Economic theory is a system of deductive logic: when correctly applied, it yields results that are consistent with one another. Insofar as the law has an implicit economic structure, it must be rational; it must treat like cases alike.". Ibidem, p. 75.

<sup>67</sup> FUX; BODERT, 2019, p. 3.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>69</sup> WOLKART, 2019, p. 136.

Richard Posner parte da ideia do pragmatismo filosófico para dar suporte conceitual à AED mirando a maximização da riqueza. Esse pensamento surge como uma abordagem que rejeita a metafísica e busca compreender a realidade a partir do mundo concreto<sup>70</sup>. Dessa forma, o autor cria uma abordagem de uma forma que é possível se quantificar.

Apesar de se basear na ideia de que as pessoas são seres que buscam maximizar suas satisfações nas diferentes áreas de suas vidas, a Análise Econômica do Direito não se resume ao que prega o utilitarismo. A realidade é que tal estudo não se desliga da compreensão que há também uma base ética além de uma científica<sup>71</sup>.

Ainda que se observe um distanciamento entre o pensamento da Análise Econômica do Direito e o utilitarismo (parte da explicação do pragmatismo), logo no início das discussões sobre essa nova leitura sobre o direito, Richard Posner desenvolveu seus argumentos com base nessa corrente filosófica no livro *The Economics of Justice*. Ele inicia seu raciocínio seguindo a filosofia utilitarista de Bentham, que coloca como o maior objetivo da moral o de maximizar a felicidade. Para os utilitaristas, a coisa certa a se fazer é maximizar a utilidade, sendo esta qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e evite o sofrimento<sup>72</sup>.

A filosofia de Bentham foi abordada nas mais diversas áreas, inclusive serviu como base para a construção de pensamentos que buscavam uma reforma política<sup>73</sup>. Posner, contudo, se afasta do utilitarismo puro na construção de sua teoria economicista ao negar a ideia de maximização de felicidade dos indivíduos, entendendo que a eficiência é a maximização de riquezas<sup>74</sup>.

Assim, quando nos deparamos com termos da economia moderna que fazem alusão ao pensamento utilitarista, como “expectativa de utilidade”, “utilidade marginal” e “maximização da utilidade”, não se pode tomá-los como rigorosamente em conformidade com tal pensamento filosófico. Isso acontece porque a Economia moderna reconhece a impossibilidade de se medir a

---

<sup>70</sup> FREIRE, Alonso. O Pêndulo de Posner. **Revista do pensamento jurídico**, v. 8, n. 2. 2015. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/21>, p. 226-227.

<sup>71</sup> POSNER, 1983, p. 13-38.

<sup>72</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 48-52.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>74</sup> POSNER, 1983, p. 60-88.



utilidade. Conforme propõe a corrente do utilitarismo, cada indivíduo tem suas preferências e emoções individuais que não podem ser medidas ou aferidas<sup>75</sup>.

Segundo Posner, o utilitarismo é uma doutrina suficientemente flexível para acomodar argumentos que não causariam a maximização da felicidade a longo prazo; mas, com um “utilitarismo esclarecido”, a maximização de riquezas pode ser utilizada como um princípio<sup>76</sup>. Assim, o próprio autor propõe uma visão mais ampla, o pragmatismo cotidiano<sup>77</sup>.

As ideias pautadas no pensamento pragmatista surgem na busca de afastar a metafísica como meio de compreensão da realidade, passando a abandonar categorias abstratas como o direito natural. Com isso, passou-se a necessitar de uma nova justificativa para o poder dos juízes do *common law*. A saída positivista sugerida por Jeremy Bentham é negada no *common law* e a alternativa encontrada foi a do formalismo jurídico<sup>78</sup>.

Os formalistas passaram a trabalhar a ideia de que os princípios jurídicos seriam extraídos de decisões proferidas pelos juízes do *common law*, de forma que o raciocínio jurídico seria extrair princípios de decisões mesmo que os juízes que as tivessem proferido não enxergassem tais princípios. Nessa linha acadêmica, o único material de estudo jurídico seriam as decisões judiciais<sup>79</sup> e o bom jurista seria “aquele que torna mais precisas as profecias acerca de como os juízes irão decidir os casos”<sup>80</sup>.

Essas decisões, contudo, mostravam que os juízes do *common law* se preocupavam com os reflexos causados por essas decisões e pelos reflexos sociais que esses desdobramentos causariam:

A decisão do caso afetará o futuro, e por isso deve interessar ao economista, pois estabelecerá ou confirmará uma regra para o direcionamento de pessoas envolvidas em atividades perigosas. A decisão é um aviso de que se alguém se comportar de certa forma e um acidente ocorra, terá que pagar uma condenação (ou não poderá obter a condenação, se for a vítima). Ao alterar assim o preço do

---

<sup>75</sup> POSNER, Richard A. **Frontiers of legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 96.

<sup>76</sup> POSNER, 1983, p. 107.

<sup>77</sup> FREIRE, 2015, p. 227.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>79</sup> FREIRE, loc. cit.

<sup>80</sup> POSNER, Richard A. Odisseu ou héracles? Sobre o pragmatismo e a análise econômica do direito. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito - 31/08 a 04/09/2010**. 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1996>. Acesso em: 7 jul. 2021.

comportamento de risco, o aviso pode afetar o seu comportamento e, portanto, os custos do acidente.<sup>81</sup>

No início de sua teoria, observando os juízes ingleses, Posner aponta que eles pareciam estar proferindo decisões de acordo com a Análise Econômica do Direito quando julgavam casos de perturbação da paz e casos semelhantes de interferência na propriedade privada ao buscarem uma saída mais eficiente para os conflitos<sup>82</sup>. Posner, então, acaba chegando à conclusão de que juízes do *common law* são maximizadores do bem-estar econômico<sup>83</sup>.

Essa abertura do direito com a economia se deu graças ao crescimento da aplicação instrumental econômica ao comportamento não mercadológico. Assim, passou-se a utilizar conceitos da economia não apenas para o dinheiro, mas para recursos e sua alocação, de modo geral<sup>84</sup>.

As teorias e leis econômicas puderam ser aplicadas a outras formas de ciência, como o Direito, e foi possível se vislumbrar como as leis interferem em padrões fora de mercado<sup>85</sup> utilizando conceitos como (i) oferta e demanda, (ii) oportunidade de custo, (iii) tendência de os recursos gravitarem para a alocação mais valiosa e (iv) equilíbrio.

A “lei da oferta e da demanda” postula a inversa relação entre o preço cobrado e a quantidade demandada. Muito conhecida quando se trata de valores monetários, ela também pode ser aplicada com recursos não precificados explicitamente, mas onde pode se identificar um custo. Posner dá o exemplo do caso de professores não tão populares que, para aumentar o número de alunos em suas salas, aumenta a nota de todos que se matriculam em sua disciplina e, dessa forma, reduzem o “custo” da disciplina. Outro exemplo seria a punição criminal, a severidade da punição e a probabilidade de condenação são vistas

---

<sup>81</sup> Tradução livre de: *The decision in the case will affect the future, and so it should interest the economist, because it will establish or confirm a rule for the guidance of people engaged in dangerous activities. The decision is a warning that if one behaves in a certain way an accident results, one will have to pay a judgment (or will be unable to obtain a judgment, if the victim). By thus altering the price of risky behavior the warning may affect their behavior and therefore accident costs.* (POSNER, 2014, p. 32-33)

<sup>82</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>83</sup> FREIRE, 2015, p. 239.

<sup>84</sup> POSNER, 2014, p. 7.

<sup>85</sup> FREIRE, 2015, p. 238.

como preço pelo crime, o que seriam os desincentivos (“custos”) da prática criminosa<sup>86</sup>.

A “oportunidade de custo” busca mensurar o custo daquilo que se deixa de fazer ao optar por alocar o recurso de alguma forma, ou seja, busca comparar a eficiência no uso do recurso com outra possibilidade de alocação. Um exemplo dado por Posner é o de que o principal custo de estudantes universitários não é o preço pago para a universidade, mas sim o quanto deixariam de ganhar caso fossem trabalhar sem haver frequentado o ensino superior. Isso pode ser exemplificado em uma disputa judicial onde uma ferrovia quer abrir passagem por uma plantação em uma propriedade rural; o conceito poderá ser utilizado para determinar se a plantação ou a ferrovia promoverão mais riquezas com o recurso do solo e, ainda, para determinar uma eventual compensação justa<sup>87</sup>.

Outro princípio econômico que passa do uso mercadológico para a análise econômica do direito é a tendência de os recursos gravitarem para a alocação mais valiosa. Isso ocorre como um reflexo do equilíbrio competitivo e faz com que oportunidades não exploradas de lucro atraiam aportes de recurso. Isso pode ser aplicado ao direito para compreender que uma ação contrária à lei ainda será atrativa até o momento em que continue se mostrando lucrativa, mostrando a importância de uma sanção bem quantificada<sup>88</sup>.

O uso do conceito de equilíbrio serve como uma régua para determinar se a alocação dos recursos está sendo eficiente. Para os economistas, o equilíbrio é um ponto estável onde as condições de oferta e demanda não incentivam mudanças. A busca maior quando se trata de equilíbrio é manter os recursos em condições de uso que agreguem maior valor e permaneçam nesse patamar indefinidamente. É claro que o que se busca é extremamente difícil, além de o equilíbrio ser algo frágil e suscetível à menor das mudanças; porém, serve para compreender que quando um mercado não está em equilíbrio, seus recursos não estão sendo alocados com o máximo de eficiência<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> POSNER, 2014, p. 6.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 6-7.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 12-13.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 11-12.

Os conceitos apresentados, mesmo sendo distintos e utilizados para leituras de diferentes situações, giram em torno de outros conceitos básicos: (i) valor, (ii) utilidade e (iii) eficiência.

O “valor econômico” de algum bem ou serviço é a representação de quanto dinheiro ou outro recurso a pessoa está disposta a dispender para obter ou abrir mão de algo. A “utilidade” ou “expectativa de utilidade” é utilizada para distinguir um custo-benefício incerto de um certo<sup>90</sup>. Na prática, o significado de “utilidade” na economia moderna fica limitado às atitudes tomadas em relação ao risco. Isso pela dificuldade de se aferir esse conceito de utilidade, que pode ser visto, por exemplo, na seguinte situação: entre duas opções, (a) 10% de chance de ganhar R\$100,00 e (b) 100% de chance de ganhar R\$10,00; tal situação será avaliada de diferentes formas, a depender se a pessoa é avessa ao risco ou indiferente a ele<sup>91</sup>.

Atualmente, o pensamento econômico define como objetivo social mais enfatizado uma alocação de recursos eficiente<sup>92</sup>, e a quantificação da riqueza poderia ser feita pela média ponderada dos preços de oferta e de procura, analisando o superávit resultante dessa transação<sup>93</sup>. Como critério de análise desse superávit, um critério clássico utilizado pelos economistas é a *superioridade de Pareto*, onde se julga uma nova alocação de recursos superior à outra por maximizar a riqueza sem piorar a situação de ninguém. Esse critério busca suprir a ideia de quantificar satisfação, base do utilitarismo. Assim, entendendo que uma pessoa estará melhor e nenhuma pior, pode-se concluir que a “quantidade de felicidade humana” no mundo cresceu<sup>94</sup>.

A vantagem do método de Pareto é que necessita apenas de informações marginais e não totais a respeito da utilidade<sup>95</sup>. Posner, no entanto, critica esse critério por não levar em consideração a influência na riqueza de terceiros<sup>96</sup>, fazendo com que não se possa aplicar esse critério na maioria das questões de ordem pública<sup>97</sup>.

---

<sup>90</sup> POSNER, 2014, p. 13-15.

<sup>91</sup> POSNER, 2004, p. 96.

<sup>92</sup> POSNER, 1983, p. 16.

<sup>93</sup> WOLKART, 2019, p. 142.

<sup>94</sup> POSNER, 1983, p. 54.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 88-90.

<sup>97</sup> WOLKART, 2019, p. 142.

O raciocínio básico de maximização de riqueza ilustrado por Posner é a soma de todos os bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados pelos preços que se dispõe a pagar e os preços pedidos. Assim, calcula-se o valor de riqueza social agregado pela diferença entre o que a pessoa estaria disposta a pagar e o que ela efetivamente pagou. Caso venha a pagar um valor inferior ao que estaria disposta a desembolsar, essa diferença representa um acréscimo de riqueza<sup>98</sup>.

O critério utilizado por Posner para definir eficiência passa a ser o chamado *critério de Kaldor-Hicks* ou *superioridade potencial de Pareto*. Por ser mais flexível, considera mais eficiente uma nova alocação que maximiza a riqueza, mesmo que tenha prejudicado terceiros<sup>99</sup>. A ressalva necessária é que esse aumento seja suficiente para compensar perdas individuais de forma que gere consentimento<sup>100</sup>.

Essa abordagem implica uma análise de que todos os custos-benefícios sejam considerados para uma tomada de decisão. A tradução em pecúnia pode ser uma forma de traduzir e comparar situações, mas não é necessariamente um modelo que só se aplique em situações pecuniárias<sup>101</sup>.

A abordagem proposta no método de *Kaldor-Hicks* é muito mais criticada, pois garante que a utilidade será maximizada, além de não ter uma forma de garantir o consentimento dos prejudicados<sup>102</sup>. Desta forma, Posner propõe uma compensação “ex ante”<sup>103</sup>, onde o valor da transação inicial já contemplaria os riscos de eventos futuros. Mesmo assim, o autor sofreu críticas por não considerar outros valores que não a riqueza como possível maximizadora de eficiência<sup>104</sup>.

A situação pode ser exemplificada com o caso narrado por Posner, no qual se imagina que uma fábrica pretende se mudar de uma cidade A para uma cidade B e essa mudança prejudicará os habitantes de A em detrimento dos de B. Nesse caso, utilizando a teoria de Pareto, a mudança somente seria eficiente

---

<sup>98</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 477-478.

<sup>99</sup> POSNER, 1983, p. 91.

<sup>100</sup> WOLKART, 2019, p. 143.

<sup>101</sup> FREIRE, 2015, p. 241.

<sup>102</sup> POSNER, 1983, p. 91.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 94-106.

<sup>104</sup> WOLKART, 2019, p. 144.

caso os moradores da cidade A recebessem uma compensação para que a mudança não deixe nenhuma das partes em situação inferior do que a que se encontravam<sup>105</sup>.

A ideia de Posner, no entanto, é a de que os moradores da cidade A teriam sido compensados anteriormente à mudança da fábrica. Isso ocorreria no momento de compra das propriedades na cidade A; caso houvesse uma garantia de que a fábrica jamais pudesse se mudar de lá, o preço da propriedade seria muito maior do que o originalmente pago<sup>106</sup>.

Apesar de apresentar uma ideia nova para como se obter uma real eficiência, a teoria de maximização da riqueza de Posner permaneceu sendo criticada na Academia por diversos autores, sendo que as principais críticas a sua tese cientificista podem ser resumidas em cinco principais argumentos<sup>107</sup>.

A primeira crítica dirigida à teoria da maximização da riqueza sustenta que diversas liberdades, como liberdade religiosa e sexual, são defendidas por serem intrinsecamente desejáveis e não por conduzirem a um progresso econômico ou criação de valor; os direitos individuais teriam valor em si, não seriam instrumentos que maximizariam a riqueza. Posner apresenta o contra-argumento de que em uma sociedade multifacetada não há como se atingir um consenso sobre as implicações reais dos valores morais abstratamente tutelados. O critério da maximização permitiria um sopesar de custo-benefício, mas soluções da filosofia moral seriam apenas retóricas<sup>108</sup>.

Outra crítica feita a Posner é a de que a maximização da riqueza perigosamente ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade. Sendo que as alocações originais podem ser injustas, o critério cientificista proposto pelo professor estadunidense consolidaria uma perpetuação dessas injustiças. Posner admite que a distribuição original é arbitrária e que depende da sorte, no entanto ressalta que, na lógica eficientista, virtudes de eficiência e produtividade individual seriam recompensadas<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> POSNER, 1983, p. 91.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 91-92.

<sup>107</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, n. 1, p. 435-483, 2012. Disponível em: <<http://blook.pt/publications/publication/2633a7ee63eb/>>. Acesso em: 7 jul. 2021, p. 472.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 472-473.

<sup>109</sup> SALAMA, 2012, p. 473.

O terceiro ponto criticado na teoria é o de que a maximização da riqueza trata os indivíduos como uma célula de um único organismo, sendo que o bem-estar relevante para a teoria é o da unidade, não importando as individualidades. Posner rejeita essa hipótese afirmando que os direitos individuais têm importância singular e exemplifica o fato de que políticas genocidas da Alemanha nazista jamais seriam defensáveis sob a ótica utilitarista<sup>110</sup>.

A quarta crítica se dirige ao fato de se importar um método da Economia, que não consegue fazer previsões com precisão nem mesmo dentro da ciência na qual foi desenvolvida, logo seria de se esperar que fora dela o resultado seja ainda pior. Posner se defende afirmando que, como a maximização da riqueza pode ser imputada aos juízes do *common law*, não haveria problemas para a operacionalização da teoria<sup>111</sup>.

A última linha crítica à teoria de Posner argumenta que o sistema jurídico é calcado em valores, nos quais a “eficiência” não é elencada. Além disso, a maximização da riqueza não leva a sério a importância dos direitos inalienáveis, permitindo qualquer escolha voluntária. Posner, no entanto, alerta que a maximização da riqueza estaria limitada pela constituição, que chancela apenas determinadas escolhas<sup>112</sup>.

Apesar desses diversos argumentos, o maior crítico da teoria de Posner foi o professor estadunidense Ronald Dworkin, que o critica por apresentar um limbo descritivo normativo que defende ao imputar ao papel dos juízes uma decisão preocupada em maximizar a riqueza social. A ideia de superioridade de Pareto serviria para orientar as decisões judiciais, uma vez que é um critério muito frágil e seria absurdo pensar que todas as decisões proferidas poderiam se nortear por tornar um estado Pareto-ineficiente em um Pareto-eficiente<sup>113</sup>.

Dworkin apresenta o exemplo de um médico que processa uma fábrica de doces vizinha ao seu consultório cujo maquinário atrapalha o exercício da medicina. Nenhuma das duas partes tem um direito prévio definido sobre a outra, mas o juiz deve decidir em prol de uma dessas partes. Independentemente da

---

<sup>110</sup> SALAMA, 2012, p. 474.

<sup>111</sup> SALAMA, loc. cit.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 474-475.

<sup>113</sup> DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, mar. 1980, p. 191-226. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724129>>. Acesso em: 7 jul. 2021. p. 192-193



decisão proferida, ela será Pareto-ineficiente, pois melhorará a situação de uma das partes às custas da outra<sup>114</sup>.

Nessa linha, o autor destaca que não se pode afirmar que os juízes do *common law* positivamente buscam maximizar a riqueza da sociedade através de suas decisões, pois não se pode aferir de forma precisa dados sobre o quão utilitárias foram as decisões dos juízes nem a motivação das que se adequaram ao pensamento utilitarista. Esse raciocínio teria uma enorme complexidade, pois além de tomar em conta a casualidade dos casos, deveria levar em consideração um detalhado histórico intelectual ou sociológico. Assim, Dworkin alerta que o máximo que se poderia afirmar com os dados disponíveis é que há um lado motivacional onde os juízes têm a intenção de maximizar os recursos em algumas de suas decisões<sup>115</sup>.

Apesar de criticar a teoria de Posner e não a ver como uma regra para todas as decisões, Dworkin afirma que a importância do estudo se deu em identificar que algumas decisões os juízes realmente buscam maximizar a riqueza da sociedade. Assim, a concepção de Posner serviria como um mecanismo de identificação de certas características de algumas decisões que serviriam para mostrar uma noção de justiça desenvolvida no *common law*<sup>116</sup>.

Posner reviu sua posição e passou a tratar a maximização da riqueza como mais um entre outros valores que deveriam ser considerados em conjunto. Assim, o autor passa a oferecer uma ideia mais ponderada de que a maximização da riqueza compõe um dos critérios a serem considerados nas alocações de recurso promovidas pela lei ou pela jurisprudência<sup>117</sup>.

Com o passar do tempo, Posner elabora mais sua teoria e percebe que as teorias que se desenvolveram com base simplesmente na ideia de maximização de riquezas se distanciaram da realidade, passando a crer que a Economia teria todas as respostas para o Direito. Desse modo, Posner passa a se mostrar a favor de uma abordagem mais pragmática e consequencialista sem abandonar o conceito de maximização da riqueza, que passa a ser um dos fatores a serem analisados<sup>118</sup>:

---

<sup>114</sup> DWORKIN 1980, p.194.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 220-221.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 221-223.

<sup>117</sup> WOLKART, 2019, p. 145-146.

<sup>118</sup> FREIRE, 2015, p. 243-244.



Tentei desenvolver uma teoria moral que vai além do utilitarismo clássico e sustenta que o critério para julgar se os atos e instituições são justos ou bons é se eles maximizam a riqueza da sociedade. Essa abordagem permite uma reconciliação entre utilidade, liberdade e até igualdade como princípios éticos concorrentes. A abordagem parece ter desempenhado um papel importante no crescimento do common law, o que não é surpreendente quando as limitações do common como meio de redistribuir, ao contrário de criar, riqueza são levadas em consideração. A maximização da riqueza não é, porém, a única concepção do bem ou do justo que influencia o direito.<sup>119</sup>

Posner se descola de um pensamento utilitarista que via a maximização de riquezas como um princípio ético<sup>120</sup>. O autor continua entendendo que deve haver uma maximização de riquezas, porém, este é mais um entre outros valores a serem considerados no conjunto de instituições de justiça do povo americano<sup>121</sup>.

Ao adotar uma linha mais voltada para a realidade, Posner mostra que seu pensamento se orienta a um pragmatismo voltado para o agir humano e suas atitudes, deixando de se preocupar tanto com o pragmatismo filosófico ou argumentos acadêmicos. Assim, ele se volta a construir concepções voltadas para o dia a dia pautadas em raciocínios que qualquer cidadão comum é capaz de fazer<sup>122</sup>.

Posner e outros autores constataram que o direito em muitas áreas obedece às leis da economia, de forma que o objetivo central da AED é aplicar o raciocínio e os métodos empíricos da economia às instituições jurídicas, já que o direito seria responsivo à economia. Seria um pragmatismo revestido no método econômico<sup>123</sup>.

A missão do juiz seria, então, a de decidir de forma razoável sopesando diversos fatores e princípios, sem se pautar em apenas um e confiar nele

---

<sup>119</sup> Tradução livre de: I have tried to develop a moral theory that goes beyond classical utilitarianism and holds that the criterion for judging whether acts and institutions are just or good is whether they maximize the wealth of society. This approach allows a reconciliation among utility, liberty, and even equality as competing ethical principles. The approach seems to have played an important role in the growth of the common law, which is not surprising when the limitations of common law as a means of redistributing, as distinct from creating, wealth are taken into account. Wealth maximization is not however, the only conception of the good or the just that has influenced law. POSNER, 1983, p. 115.

<sup>120</sup> WOLKART, 2019, p. 145.

<sup>121</sup> POSNER, 2007, p. 13.

<sup>122</sup> FREIRE, 2015, p. 245-246.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 239.

cegamente. O juiz deve defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica para uma comunicação efetiva e a separação dos poderes, passando a colocar a eficiência como um entre diversos fatores<sup>124</sup>.

Nessa forma de pensar atualizada, Richard Posner ainda elenca três razões pelas quais o utilitarismo não pode ser um guia confiável para dirigir políticas sociais<sup>125</sup>. O primeiro motivo se refere ao fato de poucas pessoas acreditarem que maximizar a felicidade seja realmente o objetivo de suas vidas. Como exemplo, o autor argumenta ser improvável que grande parte das pessoas aceitassem tomar uma pílula que as faria dormir para sempre, mesmo que elas permanecessem em um estado de felicidade para o resto de suas vidas.

O segundo motivo se refere à identificação de que no pensamento utilitarista as pessoas são vistas como células do organismo social, não como indivíduos; o que, para o autor, se assemelharia a pensamentos de regimes totalitários. Por fim, o terceiro motivo seria o de que o utilitarismo não possui limites principiológicos além dos sentimentos.

### 3.1.2 ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA

A Análise Econômica do Direito positiva é a vertente pautada nas ideias defendidas por Richard Posner<sup>126</sup>. Esse método se baseia no uso de modelos que abstraem seus detalhes da realidade e objetivam uma análise sobre a demora no litígio, por exemplo, em que se utilizam dados como número de casos em que são feitos acordos e nível de investimento nos casos<sup>127</sup>.

Apesar de ser um estudo pautado em dados de situações reais, deve-se compreender que os modelos são abstraídos do mundo real e ignoram grande parte da complexidade da realidade. Isso, contudo, não pode ser visto apenas como um problema de tal metodologia; caso todas as nuances de situações reais devessem ser levadas em consideração, o estudo dificilmente poderia ser compreensível. Essa abstração permite que, ao focar em algumas partes

---

<sup>124</sup> SALAMA, 2012, p. 477.

<sup>125</sup> POSNER, Richard A. **Frontiers of legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 97-98.

<sup>126</sup> POSNER, 1983; POSNER, 2004.

<sup>127</sup> BONE, Robert G. **The Economics of Civil Procedure**. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, p. 14.

escolhidas da realidade, percebam-se alguns padrões que passaram despercebidos, além de permitir uma melhor compreensão por tratar apenas de uma parte do todo<sup>128</sup>.

Um exemplo de destaque de informações da realidade para se montar um modelo pode ser visto quando se pensa sobre o tempo no processo. Caso o tempo para um julgamento final fosse reduzido, o valor real da execução aumentaria ao colocar o dinheiro nas mãos do exequente mais cedo; isso também faria a perda do executado ser maior ao forçar um pagamento mais cedo. Nesse cenário, o valor em jogo no processo é maior, o que provavelmente faria com que as partes ficassem mais envolvidas; por outro lado, esse litígio mais intenso incentivaria uma argumentação mais intensa, o que também demandaria mais tempo de análise. Isso mostra o quão complexa pode ser essa tarefa de tentar prever o comportamento dos litigantes sem uma ferramenta como a análise positiva para norteá-la<sup>129</sup>.

Nessa linha, Robert Bone entende que o objetivo ao se estruturar tais modelos não é o de replicar a realidade, mas sim o de se aproximar dela o suficiente para garantir que sejam feitas previsões razoáveis. No entanto, é necessário um equilíbrio, pois o modelo não pode se aproximar tanto da realidade que fornece informações tão complicadas que não se pode tirar conclusões ou previsão do estudo. O autor, portanto, defende que o foco deve estar nos fatores que têm maior influência sobre o comportamento dos indivíduos, passando a ignorar os que têm menor importância<sup>130</sup>.

Os modelos devem identificar relações e ser analisadas empiricamente para incluir variáveis que possam ter sido excluídas. Isso ressalta uma forte relação entre os modelos e testes empíricos, o que não necessariamente implica que precisem ser feitos por meio de linguagem matemática. Dessa forma, há autores que, como Bone, defendem o uso de modelos descritivos e analíticos que usam um nível básico de matemática<sup>131</sup>.

A presente metodologia possui algumas limitações, pois, uma vez que busca criar modelos, é preciso fazer algumas escolhas sobre quais fatores

---

<sup>128</sup> BONE, 2003, p. 15.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 16-17.

influenciam mais ou menos nas decisões das pessoas que compõem o grupo a ser analisado. As decisões escolhidas para compor o modelo são aquelas vistas como matematicamente racionais – onde a chance de vitória é maior que a de derrota, por exemplo. No entanto, não é surpresa que os seres humanos, ao tomarem decisões, não optem sempre pela escolha mais racional<sup>132</sup>.

Por essa razão, os modelos construídos no método positivo contam com uma simetria entre os desvios decisórios que não se enquadram naquele racional. A decisão racional seria, portanto, a melhor média que seria possível de se fazer entre os diversos comportamentos possíveis. O problema dessa teoria é que evidências experimentais comprovam que essa simetria esperada não existe.

Assim, Bone<sup>133</sup> identifica o uso de dois desvios às decisões racionais e que dificultam a formação dos modelos: a (i) “racionalidade limitada” (*bounded rationality*), pautado na ideia de que as pessoas tomam decisões racionais até o seu limite cognitivo, sendo que além desse limite passam a tomar decisões por simples escolha, de forma não racional<sup>134</sup>; e o (ii) “limite cognitivo” (*cognitive limits*), que busca explicar o comportamento das pessoas frente a situações que elas veem tendenciosamente por preferências pessoais<sup>135</sup>. A análise de ambos os desvios busca simplificar as reações a situações complexas e a decisão que é tomada em sequência.

O primeiro, “racionalidade limitada”, identifica padrões nas tomadas de decisão onde as pessoas se mostram tendenciosas a uma das opções apesar de existirem fontes confiáveis indicando que a outra escolha seria a melhor. Bone apresenta seis tipos que comumente ocorrem<sup>136</sup>. O primeiro é chamado de “heurística representativa” (*representative heuristic*), indicando quando indivíduos se apoiam em estereótipos e não em fontes mais confiáveis para tomar decisões. É o caso, por exemplo, de juris onde o acusado possui antecedentes criminais; os jurados tendem a se embasar no estereótipo apresentado.

---

<sup>132</sup> BONE, 2003, p. 103.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 104-105.

<sup>134</sup> ECONOMY: SIMPLE ECONOMICS. Disponível em: <<https://www.ecnmy.org/learn/you/choices-behavior/what-is-bounded-rationality/>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

<sup>135</sup> BONE, 2003, p. 105.

<sup>136</sup> BONE, 2003, p. 105-106.

O segundo caso é o chamado “heurística de disponibilidade” (*availability heuristic*), situação em que a decisão é tomada com base em incidentes específicos e marcantes, porém com probabilidade estatística de ocorrência ínfima. São situações como a probabilidade de exposição a substâncias tóxicas quando houve um caso muito divulgado na mídia.

O terceiro chama-se “tendência por excesso de confiança” (*overconfidence bias*), onde o indivíduo superestima a probabilidade de coisas boas acontecerem e subestimam a de algo ruim suceder, mesmo que essa expectativa não tenha qualquer relação com o que as estatísticas sobre o tema indicam.

A quarta situação é chamada de “tendência egoística” (*self-serving bias*), e representa a tendência que os indivíduos têm de interpretar a informação que lhes é dada para confirmar suas próprias percepções, mesmo que esses dados não indiquem o sentido que foi interpretado.

A quinta, chamada de “tendência retrospectiva” (*hindsight bias*), é usada para representar a tendência que os indivíduos têm de ajustar as probabilidades para fazê-las caber em um resultado que se estima por previsão antes de realmente analisar os resultados.

Por último, há a situação que o autor chama de “tendência de ancoragem e ajuste” (*anchoring and adjustment bias*). Esta é usada para representar a tendência que indivíduos têm de usar uma informação numérica ou verbal para ancorar a probabilidade a ser estimada, fazendo ajustes com essa “âncora” como um ponto de partida. O problema levantado é aumenta-se o risco de equívocos ao se fixar uma informação.

Como se vê, o comportamento dos indivíduos possui diversas variáveis que dependem da percepção de mundo de cada um deles. Isso, no entanto, não quer dizer que não se possa fazer um modelo onde se analise o comportamento das partes; é importante que se saiba os problemas do modelo e que muitas vezes as partes estão suscetíveis a errar em suas análises intuitivas de probabilidade das situações<sup>137</sup>.

Todos esses efeitos passam a ser objetos de interpretação dentro de uma relação a ser analisada sob a ótica do modelo. Isso quer dizer que, nas relações

---

<sup>137</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

concretas, os modelos podem ser modificados; e as previsões, adequadas. Isso levaria em consideração dados empíricos do caso concreto, tornando o resultado mais preciso. Caso um comportamento de “tendência egoística” (*self-serving bias*), por exemplo, seja identificado em um dos litigantes por ele interpretar informações de forma que apenas reforce sua posição – ficando com uma ideia superotimista de sucesso –, essa informação servirá para fazer a leitura de possibilidade de acordo no início do processo, no presente caso diminuiria muito as chances de um acordo ser feito<sup>138</sup>.

Em seguida, ao falar de limite cognitivo, o autor entende que são as limitações que os indivíduos possuem em relação aos fatos que analisam e a como acabam ignorando os números e a probabilidade dos casos por fatores psicológicos. São dois os exemplos mais conhecidos.

O primeiro é o chamado “efeito da doação” (*endowment effect*) ou “aversão à perda” (*loss aversion*). Esse efeito ilustra a tendência que as pessoas têm de colocar maior valor em coisas que elas mesmas possuem. Uma das consequências é o fato de pessoas valorizarem mais as perdas do que os ganhos de mesmo valor<sup>139</sup>.

A outra situação é o que se chama de “efeito de enquadramento” (*framing effect*), onde se analisa o modo como as pessoas fazem suas escolhas quando há dadas opções dentro de um rol pré-determinado. Segundo experimentos, uma pessoa escolhe de formas diferentes conforme as escolhas são postas; tem a tendência a um comportamento conservador quando a pergunta é feita no sentido de ganho e comportamento arriscado em pergunta no sentido de perda<sup>140</sup>.

A situação do “efeito de enquadramento” (*framing effect*) pode ficar mais clara com o exemplo a seguir. Uma pessoa que recebe R\$1.000,00 é mais propensa a escolher a certeza de um pagamento de mais R\$500,00 do que 50% de chances de receber mais R\$1.000,00. Por outro lado, caso essa pessoa recebesse R\$2.000,00 e devesse escolher entre 50% de chance de perder

---

<sup>138</sup> BONE, 2003, p. 106-108.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>140</sup> KOROBKIN, Russell; GUTHRIE, Chris. Opening Offers and Out-of-Court Settlement: A Little Moderation May Not Go A Long Way. **The Ohio State Journal on Dispute Resolution**. v. 10. n. 1. 1994, p. 18-19. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/df2a/2acf29f47c562b5aa8548a33fc1a01243285.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

R\$1.000,00 ou a certeza de perder R\$500,00, ela tem mais propensão a escolher a primeira opção. Esse comportamento, no entanto, não faz sentido perante a teoria da escolha racional, uma vez que seriam situações idênticas<sup>141</sup>.

Tais efeitos claramente podem afetar o comportamento dos litigantes no processo. No entanto, poder-se-ia questionar: como poderiam os modelos de análise econômica do processo serem viáveis com tantas variáveis? Como defende Posner<sup>142</sup>, nem todo comportamento humano é racional, sendo muitos deles irracionais, em diversas áreas de suas vidas (o autor usa o exemplo de medo irracional de voar). Isso, no entanto, não invalida a análise econômica desses setores; ainda é possível se analisar economicamente o setor da aviação civil mesmo que algumas pessoas a evitem. Como escreve o autor:

A maioria das previsões usuais que os economistas fazem sobre o comportamento passará: uma queda no preço do transporte aéreo resultará em um aumento na demanda, assim como um aumento no preço de um substituto ou uma queda no preço de um complementar. Uma preferência pode ser tomada como um dado, e a análise econômica continua como de costume, mesmo que a preferência seja irracional.<sup>143</sup>

Nessa linha, Robert Bone pondera que até o momento não há uma teoria que consiga integrar completamente todas essas variáveis em um único modelo. Até que isso ocorra, a melhor opção, como defende o autor, é fazer uma abordagem pautada na escolha racional como ponto de partida e modificar os modelos e resultados levando em conta os diferentes desvios<sup>144</sup>.

## 3.2 O BEM-ESTAR SOCIAL E A ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DO DIREITO

### 3.2.1 SHAVELL E KAPLOW: A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PAUTADA NO BEM-ESTAR SOCIAL

<sup>141</sup> KOROBKINI; GUTHRIE, 1994, p. 18-19.

<sup>142</sup> POSNER, 2004, p. 258-259.

<sup>143</sup> Tradução livre de: "Most of the usual predictions that economists make about behavior will go through: a fall in the price of air transportation will result in an increase in demand as will a rise in the price substitute or a fall in the price of a complement. A preference can be taken as a given, and economic analysis proceed as usual, even if the preference is irrational". Ibidem, p. 258.

<sup>144</sup> BONE, 2003, p. 112.



Após o pensamento de Posner, outra obra que pautou formas de pensar a Análise Econômica do Direito foi a obra de Steven Shavell e Louis Kaplow, iniciada pelo artigo *Fairness versus Welfare*<sup>145</sup>. Nesse texto, os autores defendem a chamada “economia do bem-estar”, onde se coloca como parâmetro de análise o bem-estar social.

Os autores buscam evitar a ideia de maximização de riquezas proposta por Posner<sup>146</sup>, defendendo uma abordagem mais ampla, considerando que tudo tem valor para o indivíduo, desde sentimentos até aspectos materiais<sup>147</sup>. Essa concepção afasta escolhas tomadas com base em conceitos abstratos de justiça que poderiam ser aplicadas às custas do bem-estar da população, o que, segundo Kaplow e Shavell, seria injustificável<sup>148</sup>.

No entanto, o critério de bem-estar não pode ser usado em qualquer situação sem a análise de suas consequências. O exemplo dado por Erik Wolkart<sup>149</sup> para a situação brasileira ilustra bem o tema: regras restritivas de recursos a Tribunais Superiores são criticadas por restringirem algumas garantias constitucionais, como acesso à justiça; no entanto, ao serem analisadas sob o critério de bem-estar, essas regras são vistas de forma positiva, pois, caso não existissem, esses Tribunais seriam sobrecarregados a ponto de não funcionarem mais.

Dessa forma, o conceito de “bem-estar” deve ser interpretado de maneira integrativa como um critério de escolha entre em qual situação ele é mais otimizado e em qual não é. Há, portanto, uma comparação onde se sopesa qual somatória de situações causa mais bem-estar<sup>150</sup>.

Para melhor definir o modelo econômico normativo de bem-estar social é preciso estabelecer formas de abordagem de dois itens: (i) a definição de bem-estar individual; e (ii) um método para se agregar o bem-estar desses diferentes indivíduos que compõem a sociedade a ser analisada<sup>151</sup>.

---

<sup>145</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness Versus Welfare*. **Harvard Law Review**, v. 114, n. 4, 2001.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 968.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 968.

<sup>148</sup> WOLKART, 2019, p. 148.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 151-152.

<sup>150</sup> Isso é traduzido pelos autores na seguinte fórmula matemática:  $W(x) = F(U_1(x), U_2(x), U_3(x), \dots, U_n(x))$ ; sendo  $U_n(x)$  o indivíduo número “n” a se beneficiar da situação “x”. A comparação é feita entre  $W(x)$  e  $W(y)$ , duas situações distintas onde a escolhida será a que proporciona maior bem-estar. (KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 985-986)

<sup>151</sup> BONE, 2003, p. 117-118.



Ao buscar uma definição de bem-estar, a economia do bem-estar aborda o conceito de forma distinta dos clássicos utilitaristas, como Jeremy Bentham, que definiam bem-estar individual pela quantidade de felicidade que a pessoa experimentaria. Tal abordagem apenas daria certo caso estados psicológicos pudessem ser quantificados e comparados entre indivíduos. Convencidos da impossibilidade dessa quantificação, a abordagem feita pelos economistas do bem-estar social é pautada na ideia de preferências de satisfação. A ideia é a de que cada pessoa tem sua preferência individual e seu bem-estar seria aumentado sempre que essas preferências fossem satisfeitas<sup>152</sup>.

Há que se fazer o parêntese de que nem sempre a preferência de um indivíduo refletirá em um aumento em seu bem-estar, de forma que se deve tomar cuidado com a diferença entre “preferência de satisfação” e apenas “preferência”. Isso é importante pois existem situações onde aquilo que uma pessoa escolhe como ser de sua preferência fazer não refletirá em seu bem-estar. Como exemplo, é possível se imaginar um depende químico optaria por utilizar drogas para satisfazer uma preferência individual; no entanto, tal opção reduziria seu bem-estar.<sup>153</sup>

Dentro dessa perspectiva, economistas ainda fazem uma análise de “utilidade” entre as preferências dos indivíduos. Imaginando que uma pessoa possui duas opções que tanto a satisfarão quanto aumentarão seu bem-estar; dentro da análise feita, é possível se obter maior utilidade daquela opção que a pessoa mais deseja<sup>154</sup>.

O segundo item, um método que agregue o bem-estar dos indivíduos, pode ser feito de inúmeras formas matemáticas. Bone<sup>155</sup>, no entanto, alerta que nem toda forma pode ser adequada para analisar e decidir sobre questões de política social. Os economistas utilizam o termo “função de bem-estar social” para se referir àquilo que oferece um mínimo de condições de eficácia e racionalidade de forma que possa ser modulável<sup>156</sup>. Isso quer dizer que, para se enquadrar ao conceito, deve ser possível se optar por qualquer política possível

---

<sup>152</sup> BONE, 2003, p. 117.

<sup>153</sup> BONE, loc. cit.

<sup>154</sup> BONE, loc. cit.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 118-119.

<sup>156</sup> Robert Bone utiliza o termo “compreensivo” (*comprehensive*) para nominar a situação narrada na sequência.

além de que sejam intercambiáveis: caso se opte por A sobre B e B sobre C, deve se optar por A sobre C<sup>157</sup>.

O que acontece na prática, no entanto, é que os economistas tomam como parâmetro para medir a utilidade para cada indivíduo o quanto este estaria disposto a pagar pelo serviço – uma forma prática de se medir o custo-benefício. Nessa linha, para medir a utilidade coletiva, os economistas não somam todos esses valores individuais, eles utilizam os valores de mercado como representativos dessa soma. Como exemplo dessa situação, podemos pensar em uma regra que será implantada e custará R\$100.000,00. Esse valor representa o custo em valor de mercado que será despendido pelo administrador e, de forma geral, representa a soma agregada da perda de cada indivíduo que deverá ser comparada com outras opções para definir a escolha que custará menos e propiciará o melhor proveito social<sup>158</sup>.

Uma vez levantada a ideia de busca por bem-estar, Shavell e Kaplow apresentam que este é um conceito amplo que vai além do aumento do conforto material das pessoas pela maximização de riqueza, como proposto por Posner<sup>159</sup>.

A tese defendida pelos autores é a de que políticas legais devem ser exclusivamente pautadas nos efeitos sobre o bem-estar dos indivíduos. Segundo eles, decisões que tomam como base, em qualquer medida, alguma noção de justiça tendem a deixar os indivíduos em situação mais prejudicial do que a que se encontravam antes<sup>160</sup>.

Os autores reconhecem que a noção de políticas norteadas pela concepção de justiça pode ser atrativas por diversos fatores, nomeando três: (i) os indivíduos que acreditam em uma ideia de justiça tendem a se comportar melhor em relação a outros; (ii) a noção de justiça pode servir como meio para a realização de outros objetivos; e (iii) indivíduos podem ter um gosto pela noção de justiça. Esses fatores são relevantes para uma abordagem social onde as tomadas de decisão são orientadas pelo bem-estar; no entanto, nenhum deles garante essa noção de justiça como princípio independente<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> BONE, 2003, p. 118. (nota de rodapé 7)

<sup>158</sup> Ibidem, p. 119-120.

<sup>159</sup> WOLKART, 2019, p. 149.

<sup>160</sup> KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 966.

<sup>161</sup> Ibidem, 2003, p. 966-967.

A teoria, portanto, volta-se ao foco central de que as leis devem ser selecionadas inteiramente nos efeitos sobre o bem-estar dos indivíduos da sociedade. Isso traz uma visão mais ampla sobre os indivíduos, não apenas contemplando seu nível de conforto material, mas também qualquer outro fator que agregue valor para a vida de cada um, por mais intangível que seja, como realização estética<sup>162</sup> de sentimentos ou até altruísta, além dos aspectos materiais<sup>163</sup>:

A concepção econômica do bem-estar dos indivíduos é abrangente. Ele reconhece não apenas os níveis de conforto material dos indivíduos, mas também seu grau de realização estética, seus sentimentos pelos outros e qualquer outra coisa que possam valorizar, por mais intangível que seja.<sup>164</sup>

Esse conceito amplo que trazem os autores compreende também a distribuição do bem-estar, desta forma, há um afastamento da teoria da análise econômica positiva do direito, defendida principalmente por Posner<sup>165</sup>:

A estrutura normativa da economia do bem-estar, como acabamos de descrever, difere do que muitos consideram a abordagem econômica normativa. Sob um entendimento comum de análise econômica normativa, as regras legais são avaliadas por referência à maximização ou eficiência da riqueza, critérios que muitos interpretam como omitindo aspectos importantes do bem-estar dos indivíduos e ignorando as preocupações distributivas. Defendemos não esta concepção popular da abordagem econômica normativa, mas sim a estrutura abrangente da economia do bem-estar.<sup>166</sup>

Os autores ressaltam dois aspectos do que entendem pela noção de justiça. Eles não descartam que os defensores da aplicação do princípio de justiça incorporam também a preocupação com o bem-estar dos indivíduos ao

---

<sup>162</sup> KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 968.

<sup>163</sup> WOLKART, 2019, p. 149.

<sup>164</sup> Tradução livre de: "The welfare economic conception of individuals' well-being is a comprehensive one. It recognizes not only individuals' levels of material comfort, but also their degree of aesthetic fulfillment, their feelings for others, and anything else that they might value, however intangible". (KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 968).

<sup>165</sup> KAPLOW; SHAVELL, loc. cit.

<sup>166</sup> Tradução livre de: "The normative framework of welfare economics, as just described, differs from what many view as the normative economic approach. Under a common understanding of normative economic analysis, legal rules are assessed by reference to wealth maximization or efficiency, criteria that many construe as omitting important aspects of individuals' well-being and as ignoring distributive concerns. We defend not this popular conception of the normative economic approach, but rather the encompassing framework of welfare economics. (KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 969.)

compor suas políticas legais. Ainda, alguns autores empregam o conceito de justiça exclusivamente ao fator “bem-estar dos indivíduos”, de forma que toda a concepção de justiça poderia ser englobada no conceito de bem-estar proposto<sup>167</sup>.

Apesar disso, a preocupação não é com a terminologia, pois os autores ressaltam que a preocupação é com a substância do princípio a ser analisado e buscam excluir conceitos que trazem outros além do bem-estar dos indivíduos como ferramenta de análise, como é feito com diversos conceitos de justiça<sup>168</sup>. Assim, o que se busca é uma impossibilidade de adoção das noções de justiça como princípios independentes ao valorar normas de políticas públicas.

É nessa linha que se explica o exemplo de Wolkart citado acima. Por mais que filtros que barrem o acesso às cortes supremas sejam uma restrição às garantias – como o devido processo legal, ampla defesa, direito ao processo justo –, eles garantem o funcionamento dessas cortes. De nada adiantaria a garantia de acesso irrestrito a essas instâncias se isso causasse a total inviabilidade das atividades pela utilização exagerada por parte da sociedade. Assim, pela ótica do bem-estar, esses filtros são responsáveis por garantir o funcionamento dessas cortes<sup>169</sup>.

Ao abordar o tema, Araken de Assis alerta que o vencido nunca se conformará com o provimento desfavorável e, em uma estrutura judiciária garantística e equilibrada, não se pode perpetuar o litígio. É insolúvel o debate de se o provimento é justo ou injusto; questão que deverá ser objeto de debates de filósofos<sup>170</sup>.

O fundamento do duplo grau repele a ausência de limites às impugnações contra os pronunciamentos desfavoráveis. A falta de contingenciamento às impugnações das resoluções judiciais, em nome do valor justiça, geraria intolerável elastério dos trâmites processuais. Tal fato constituirá flagrante desserviço à função apaziguadora própria do mecanismo. O escopo de fazer justiça se tornaria irrealizável em decorrência de indesejável e contraproducente excesso de garantias.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> KAPLOW; SHAVELL, loc. cit.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 969-970.

<sup>169</sup> WOLKART, 2019, p. 151.

<sup>170</sup> ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 342.

<sup>171</sup> ASSIS, 2015, p. 342.

Buscando deixar a teoria mais sólida, Shavell e Kaplow utilizam o conceito de função de bem-estar social (*social welfare function* – SWF) para medir em que medida a política pública gera bem-estar individual e social<sup>172</sup>. Nessa abordagem proposta pelos autores, o bem-estar cabe a todos os indivíduos independentemente de outros critérios. Ainda, acrescenta um fator muito importante para a construção da ideia de bem-estar por eles apresentada: a alteração do bem-estar de um indivíduo afeta o bem-estar social de forma simétrica, de forma que a noção de igualdade passa a ser fundamental, no sentido de que todos os indivíduos têm o mesmo valor<sup>173</sup>:

Sob a rubrica de economia do bem-estar, a concepção de bem-estar social é baseada no bem-estar dos indivíduos. Especificamente, o bem-estar social é postulado como uma função crescente do bem-estar dos indivíduos e não depende de outros fatores. Também é geralmente suposto que o bem-estar de cada indivíduo afeta o bem-estar social de uma maneira simétrica, o que significa que a ideia de bem-estar social incorpora uma noção básica de preocupação igual para todos os indivíduos.<sup>174</sup>

Para se determinar esse grau de satisfação social, é preciso medir a satisfação individual das diversas pessoas que compõem a sociedade em análise. Assim, escolhe-se uma função para mensurar o bem-estar social gerado pela alocação de coisas aos diversos indivíduos na sociedade, somando a satisfação obtida por cada um<sup>175</sup>.

Essa agregação de satisfações individuais é eleita de forma arbitrária por quem faz a análise, o que passa por julgamentos valorativos. No entanto, o fator marcante dessa teoria é trazer à discussão a importância da distribuição para o bem-estar social<sup>176</sup>.

Uma vez que a teoria de construção do bem-estar social depende da situação dos indivíduos, Kaplow e Shavell apresentam algumas razões pelas

---

<sup>172</sup> WOLKART, 2019, p. 153.

<sup>173</sup> KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 985-986.

<sup>174</sup> Tradução livre de: “Under the rubric of welfare economics, the conception of social welfare is based on individuals' well-being. Specifically, social welfare is postulated to be an increasing function of individuals' well-being and to depend on no other factors. It is also generally supposed that each individual's well-being affects social welfare in a symmetric manner, which is to say that the idea of social welfare incorporates a basic notion of equal concern for all individuals.”. (KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 985-986).

<sup>175</sup> “Formalmente:  $W(s) = F(U_1(x), U_2(x), U_3(x) \dots, U_n(x))$ , sendo  $U_n(x)$  a utilidade do indivíduo  $n$  envolvido na situação  $x$  (ou seja, um número de indivíduos atingidos por aquela situação  $x$ )” (WOLKART, 2019, p. 154).

<sup>176</sup> WOLKART, 2019, p. 155.

quais a distribuição de bem-estar é fundamental para o modelo por eles proposto. A primeira vem da observação de que um recurso pode valer mais para uma pessoa do que para outra, um real, por exemplo, tem maior utilidade para um indivíduo pobre do que para um rico. Assim, ao se distribuir esse um real para o indivíduo pobre, aumenta-se mais bem-estar proporcionalmente ao recurso alocado. A segunda diz respeito à distribuição de recursos, que reflete em uma distribuição de bem-estar. Ou seja, a abordagem da economia de bem-estar depende de quão bem distribuído é esse fator pelos indivíduos. A terceira razão baseia-se no fato de que grande parte das pessoas não se sente bem ao observar o sofrimento alheio<sup>177</sup>.

Fica clara uma grande diferença entre a análise econômica normativa do direito e a análise positiva, pela importância dada à distribuição de recursos na sociedade. Kaplow e Shavell tecem uma crítica ao modelo positivo, apontando que essa falta de preocupação com a distribuição mostra uma omissão na tese defendida, se mostrando uma teoria pouco sensível à realidade da sociedade e do Direito.

Apesar de a equidade na distribuição de recursos ser fundamental para o cálculo do bem-estar social, Kaplow e Shavell não inserem questões redistributivas dentro dos modelos de análise econômica do direito construídos. Em justificativa, os autores apresentam três razões do porquê, mesmo com a relevância defendida na distribuição de recursos, ela permanece fora dos modelos de estudo.

Os autores entendem, primeiramente, que na criação de modelos econômicos para serem analisados, há maior utilidade em focar em alguns fatores para compreender o funcionamento deles e deixar outros de lado. A criação de modelos busca a simplificação da realidade para facilitar o estudo, de forma que se torne uma ferramenta útil para decisões e previsões<sup>178</sup>:

Os economistas são freqüentemente criticados por usar modelos estilizados e fazer suposições restritivas, mas essa crítica reflete uma compreensão equivocada do método científico. Modelos estilizados ajudam na compreensão de problemas, e a declaração de suposições torna explícito o domínio de sua análise. O uso de suposições pelos economistas é, na verdade, semelhante ao uso de "hipóteses" por acadêmicos do direito e filósofos, cujos fatos estipulados nos obrigam

---

<sup>177</sup> KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 991.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 992.

a analisar as implicações de determinadas suposições de uma forma ordenada.<sup>179</sup>

A segunda razão seria a de que normas legais têm pouco efeito distributivo de riquezas<sup>180</sup>. Segundo Wolkart, tal função seria exercida de forma eficiente apenas pelas normas tributárias<sup>181</sup>. É o caso, por exemplo, de normas de responsabilidade civil por acidente de trânsito, que tratam todos da mesma forma, valorando a indenização conforme o dano causado; a desigualdade pode ser combatida de forma mais eficiente pela taxação de renda. Assim, se normas legais têm pouco efeito distributivo, não há motivo para incluí-las no modelo<sup>182</sup>.

O terceiro motivo apresentado por Kaplow e Shavell é uma ressalva feita ao que apresentam no segundo motivo. Segundo os autores, mesmo quando normas legais apresentam efeitos distributivos, não se pode considerá-los como favoráveis ou desfavoráveis, pois, como se trata do meio menos eficiente para se atingir a distribuição de recursos, deve-se acrescentar isso como custo a mais, de forma que não seria benéfico adicionar tantas variáveis ao modelo.

### 3.2.2 ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA

A Análise Econômica do Direito Normativa é baseada na priorização do bem-estar social, utilizando um método da análise econômica do direito que define o objetivo normativo através de um estudo pautado pelo custo-benefício. Essa dinâmica pode ser observada ao se analisar a adoção de uma nova lei, pois ela apresentará perdas e ganhos aos indivíduos, o que é medido por quanto estes estão dispostos a pagar para obter algum ganho ou para evitar uma perda. O objetivo, portanto, é maximizar o benefício social reduzindo seu custo; dessa

---

<sup>179</sup> Tradução livre de: "Economists are often criticized for using stylized models and for making restrictive assumptions, but such criticism reflects a misunderstanding of scientific method. Stylized models are helpful for understanding problems, and the statement of assumptions makes explicit the domain of one's analysis. Economists' use of assumptions actually is similar to legal academics' and philosophers' use of 'hypotheticals', the stipulated facts of which constrain one to analyze the implications of given assumptions in an orderly fashion." (KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 992).

<sup>180</sup> Ibidem, p. 993.

<sup>181</sup> WOLKART, 2019, p. 157.

<sup>182</sup> KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 993.



forma, o método mantém-se pautado em uma análise econômica do bem-estar social<sup>183</sup>:

Sob uma abordagem bem-estarista para avaliação de políticas, primeiro determina-se como uma política afeta o bem-estar de cada indivíduo e, em seguida, faz um julgamento agregado (distributivo) com base exclusivamente nessas informações relativas ao bem-estar dos indivíduos.<sup>184</sup>

Esse modo de se pensar, ao ser transportado para o processo, passa a vê-lo como um mecanismo que pode melhorar o bem-estar social através da atuação de prevenção de erros. Os erros são custosos à sociedade, e o objetivo do processo é escolher o procedimento que minimizaria tanto os erros quanto seus custos<sup>185</sup>.

Todos os modelos de análise econômica do processo buscam a maximização de algum bem social; no caso dos economistas que fazem a abordagem econômica do bem-estar social, o bem é justamente o bem-estar social. Esse conceito, no entanto, não é tratado de forma genérica, pois, para a análise normativa, ele é compreendido como a soma agregada do bem-estar dos indivíduos que compõem a sociedade<sup>186</sup>.

É comum o contraponto entre justiça e direitos. A ideia geral é a de que a sociedade deve focar não apenas em como cada um tem acesso à sua devida parcela do todo, mas também deve se focar em como cada indivíduo arca com o ônus frente ao coletivo – se seus direitos estão sendo respeitados ou se está sendo tratado com igualdade na distribuição dos recursos sociais<sup>187</sup>.

Kaplow e Shavell buscam encampar a noção abstrata de justiça defendendo todos os princípios que norteiam políticas de justiça, como justiça corretiva ou retributiva, acesso à jurisdição – “right to a day in court” e conceitos

---

<sup>183</sup> BONE, 2003, p. 115.

<sup>184</sup> Tradução livre de: “Under a welfarist approach to policy assessment, one first determines how a policy affects each individual’s well-being and then makes an aggregate (distributive) judgment based exclusively on this information pertaining to individuals’ welfare.”. (KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 332.)

<sup>185</sup> KAPLOW, Louis. The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis. **The Journal of Legal Studies**. v. 23, n. 1, 2010, p. 314-315. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:10611788>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

<sup>186</sup> BONE, 2003, p. 116.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 187.



cognatos (como o dever de cumprir uma promessa). Esses conceitos permitem que se perceba o quão desejável é uma política ao apresentarem características que independem do bem-estar individual. Desta forma, os autores buscam sedimentar uma teoria que não se baseia puramente no bem-estar<sup>188</sup>.

Há, no entanto uma tensão entre as ideias de justiça e bem-estar. Ao se examinar com cuidado as ideias que permeiam princípios de justiça, pode-se observar que existem noções que, apesar de se justificarem, deixam os indivíduos em situações piores de bem-estar<sup>189</sup>.

Encontrar o equilíbrio dessa balança é uma tarefa delicada, pois a alocação de recursos pode não ser bem-vista conforme a ótica do observador. Robert Bone dá o exemplo de alguém com pensamento igualitário, que pode ver como injusta uma alocação de recursos desigual que vise aumentar a riqueza social a longo prazo alocando esses bens nas mãos de indivíduos mais produtivos. Outro exemplo seria a visão de um libertário, que pode ter objeções caso o Estado venha a instalar escutas que violem o direito à privacidade, mesmo que isso signifique uma redução significativa nos custos para solucionar crimes<sup>190</sup>.

Com isso, pode-se observar que a teoria da justiça limita ou supera decisões sociais que visam maximizar o bem-estar social agregado. A proteção de direitos individuais passa a ser muito importante nesse sopesamento de ideias e, como ressalta Bone, por “direito” tem-se que reconhecer que são benefícios ou tratamentos garantidos ao seu portador independentemente do resultado sobre o bem-estar social que seria agregado caso esses direitos fossem ignorados<sup>191</sup>.

Essa busca pelo equilíbrio entre um processo justo com respeito aos direitos processuais das partes é dividida por Bone em duas grandes categorias: (i) a primeira, baseada no processo (*process-based*), avalia o processo pela forma como os litigantes são tratados durante o próprio processo; e (ii) a segunda, baseada no resultado (*outcome-based*), diz respeito a teorias que avaliam a justiça pelo resultado que um sistema processual gera<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> KAPLOW; SHAVELL, 2003, p. 333-334.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 336.

<sup>190</sup> BONE, 2003, p. 188.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 188-189.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 189.

Segundo Bone, as justificativas para um processo entendido como justo pela concepção *process-based* podem ser duas, tanto pautada por uma razão psicológica quanto por uma normativa. O entendimento psicológico leva em consideração uma ideia de justiça procedimental em que os litigantes tendem a ficar mais satisfeitos quando obtêm um resultado adverso quando pensam terem tido a chance de influenciar diretamente o julgador. Essa concepção pode apresentar muitos problemas, já que, além de a parte ter pouca participação em um processo quando comparado ao papel que seu advogado desempenha em seu nome, o ônus de se ouvir todos sobre tudo não parece apresentar benefício suficiente quando comparado com o preço a se pagar<sup>193</sup>.

A segunda concepção é chamada de normativa, pois entende que um processo pode ser justo quando certos elementos, como direito à participação e a uma decisão racional, são respeitados. Bone dá o exemplo de que uma parte não pode estar vinculada a um resultado de processo no qual não teve oportunidade de litigar. No entanto, o autor ressalta que mesmo essa concepção é contestada por conta do grande potencial de alcance; a sociedade inglesa não valoriza esse controle do litigante de forma extrema, pois não estaria disposta a arcar com os custos que viriam com um exagero de garantias<sup>194</sup>.

Aqueles que buscam entender o porquê de os litigantes não poderem se contentar simplesmente com um resultado favorável obtido mesmo sem sua participação no processo desenvolvem o raciocínio da *outcome-based*. A justiça do procedimento seria avaliada com base na qualidade do resultado – definido pela fidelidade da decisão final ou do acordo entre as partes à aplicação da lei aos fatos relevantes do caso<sup>195</sup>.

A qualidade ou precisão do resultado do caso podem ser definidas pelo que Bone chama de “resultado aceitável” (*acceptable outcome*). Pensando em um sistema de *common law*, o autor ressalta que o resultado não é aceitável simplesmente por se enquadrar em precedentes, mas também deve-se analisar o quão bem a decisão traz avanços às políticas legais. No entanto, caso não se

---

<sup>193</sup> BONE, 2003, p. 190.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 191-192.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 193.

entre em consenso de se a decisão é aceitável ou não, não se pode definir parâmetros da decisão, muito menos quanto à sua precisão<sup>196</sup>.

O autor ressalta que não é suficiente para condenar um procedimento como injusto somente o fato de que uma das partes recebeu menos ou teve que pagar mais por conta da condenação. A injustiça apenas aparece quando uma das partes tem o direito ou outra razão moral de ser tratada de forma melhor. Nessa linha, o autor ressalta que não há lógica em se avaliar um sistema processual como injusto simplesmente por produzir resultados equivocados, já que precisão perfeita é impossível de ser alcançada. Não haveria sentido avaliar uma instituição por um parâmetro que jamais poderia ser alcançado<sup>197</sup>.

A forma mais realista de se analisar a justiça de uma decisão seria a busca pela máxima factibilidade, produzida dentro da realidade da cognição humana e suas limitações. Os erros dentro do procedimento podem ser vistos como justos, mas apenas caso não seja possível reduzir tal erro por algum meio conhecido. Mesmo que essa concepção seja um pouco mais realista que a busca por um procedimento que chegue em uma solução perfeita, Bone ressalta que ele ainda não se adequa a uma percepção convencional de processo justo<sup>198</sup>.

Ao se buscar uma redução do risco de erro é possível adicionar mais procedimentos, que direcionarão o resultado com maior precisão. No entanto, a alocação de recursos nessa busca por um resultado mais preciso pode, potencialmente, ter consequências devastadoras em outros programas sociais que promoveriam o bem-estar social de forma mais eficiente. Assim, Bone conclui que a construção de uma teoria de justiça processual deve ter o bom senso de incorporar limites baseados em custos e permitir trocas (como será mais bem abordado pela atuação do *tradeoffs* no capítulo a seguir) entre um resultado preciso e outros bens sociais<sup>199</sup>.

Ronald Dworkin apresenta uma abordagem que busca definir as normas processuais pela distribuição de justiça (*fairness*) que promovem. Reconhecendo que os procedimentos devem atingir um resultado final em um tempo razoável, não se pode requerer do judiciário resultados perfeitos em todos

---

<sup>196</sup> Ibidem, 2003, p. 194 (nota 60).

<sup>197</sup> BONE, 2003, p. 194-195.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 195.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 195-196.

os casos dirimidos. Há uma balança entre duração do processo e exatidão da sentença proferida; caso se espere um resultado perfeito em todos os casos, a complexidade dos procedimentos e a duração do processo aumentarão. Dessa forma, para se alcançar um tempo e uma complexidade razoáveis que não onerem demasiadamente a sociedade, um risco de erro é distribuído entre diferentes casos e litigantes<sup>200</sup>.

Por mais que as pessoas tenham o direito a uma sentença justa, a não serem condenadas criminalmente caso sejam inocentes ou de impor aquilo que lhes seja direito na esfera civil, os procedimentos para aferir culpa ou reconhecer direitos civis são menos exatos do que poderiam ser, seja para economizar dinheiro público, seja para assegurar algum benefício social específico<sup>201</sup>. Portanto, Dworkin ressalta que aqueles que são condenados indevidamente devem ter dois direitos, já que estão sujeitos a esses erros: (i) o direito a processos justificados pela avaliação correta da importância do dano moral caso sofra a condenação indevida; e (ii) um direito correlato de avaliação adequado do dano quando comparado com outros processos<sup>202</sup>.

Dworkin afirma que é inequívoco que a sociedade tem interesse na eficácia das instituições judiciais e nas diretrizes oriundas das decisões, mas questiona se o litigante teria um direito à exatidão quando medido em termos do risco de danos morais para a sociedade. Supondo um caso de uma regra aplicada com alto grau de exatidão de um julgamento e baixo custo em caso de abstenção, demonstraria que o tribunal calculou risco de injustiça quase zero. Por outro lado, caso uma regra promovesse alto grau de exatidão, mas custasse muito à sociedade, a não aplicação da regra representaria uma estimativa muito alta de injustiça<sup>203</sup>.

Ao apresentar uma forma de se mensurar diferentes casos frente ao sistema legal, Dworkin possibilita uma distribuição do risco de erro conforme o direito a ser tutelado. Tendo como exemplo um direito que deve ser melhor protegido frente a um que não é entendido com tanta importância; os riscos de

---

<sup>200</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105-136.

<sup>201</sup> O autor utiliza um exemplo do direito estadunidense de proteção do poder da polícia colher informações sem que se revele o nome de informantes quando a defesa solicita tal informação (Ibidem, p. 106).

<sup>202</sup> Ibidem, p. 135-136.

<sup>203</sup> DWORKIN, 2000, p. 139-140.

erro somente serão justos caso sua maior probabilidade de ocorrência seja para com o direito “menos importante”<sup>204</sup>.

Bone ressalta que a teoria de Dworkin, mesmo que suscetível a diversas críticas, aponta para o importante fato de que existem teorias normativas do processo que parecem ser justas e que buscam evitar uma métrica agregativa na economia do bem-estar. Assim, para qualquer avaliação adequada do sistema processual, deve-se levar as diversas possibilidades em consideração<sup>205</sup>.

Apesar dessa abordagem que busca trazer maior objetividade às escolhas feitas no método normativo da análise econômica do direito através de um cálculo de danos morais possivelmente pagos, muitos autores criticam o método por apresentar algumas falhas na abordagem científica do tema.

Richard Posner, por exemplo, tece uma das principais críticas ao afirmar que, no método de análise econômico normativo, sustentado pela economia do bem-estar, os economistas escolhem um objetivo amplamente aceito para defender e desenvolvem seu debate sem precisar defender as premissas fundamentais da discussão. Isso, segundo o autor, faz com que o destino seja identificado antes de iniciar a análise e faz com que o debate técnico permaneça nos meios e não nos fins. Entre outros motivos, esse modelo faz com que muitas vezes a economia do bem-estar seja tratada como uma disciplina periférica<sup>206</sup>.

Na mesma linha, Morton J. Horwitz critica a análise econômica normativa do direito ao entender que esta funciona como um meio para dar respostas objetivas a questões políticas de forma que a resposta não dependa de uma análise valorativa<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> Ibidem, p. 141-144.

<sup>205</sup> BONE, 2003, p. 196-197.

<sup>206</sup> POSNER, 2004, p. 95.

<sup>207</sup> HORWITZ, Morton J. Law and Economics: Science or Politics? **Hofstra Law Review**, v. 8, article 2, 1980, p. 906-907. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol8/iss4/2>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

## 4 O COLLATERAL ESTOPPEL

### 4.1 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA

O *collateral estoppel* faz parte de uma doutrina de preclusões do *common law*: a teoria da *preclusion by prior adjudication* estabelece que as preclusões impedem a rediscussão de uma matéria após ela ser julgada e decidida pelo Judiciário. Isso garante a estabilidade das decisões após o julgamento, impedindo que o mesmo caso seja litigado novamente após julgamento de uma corte competente; surgindo, assim, como um mecanismo de preservação da decisão judicial<sup>208</sup>.

As duas teorias que compõem a *preclusion by prior adjudication* são a *res judicata* (*claim preclusion*) e o *collateral estoppel* (*issue preclusion*). A diferença entre as duas está basicamente onde o efeito da preclusão se dará. Marinoni, em obra pioneira sobre o tema no Brasil, resume de forma precisa o efeito distinto de cada uma nas seguintes palavras:

A *claim preclusion* descreve a situação em que o julgamento preclui ação com base na mesma *claim*, enquanto que a *issue preclusion* revela a situação em que a decisão de uma questão preclui a sua relitigação em outra ação, distinta daquela que foi decidida.<sup>209</sup>

No início, a teoria era composta apenas pela *res judicata*, que foi estabelecida pela primeira vez por Lord Coke em 1813 no *Ferrer's Case*<sup>210</sup>. Nele, foi estabelecido que, caso uma causa fosse levada ao Judiciário e ele, ao invés de dar uma resposta definitiva que desse fim ao litígio, prolongasse a questão por décadas, não beneficiaria as partes e seria uma “desonra ao *common law*”. Allan Vestal, em 1969<sup>211</sup>, na mesma linha do pensamento de Lord Coke, observou que a *res judicata* tinha quatro objetivos: (i) estabelecer e fixar direitos individuais; (ii) evitar o assédio das partes causado por litigância repetitiva; (iii) uso eficiente do Judiciário; e (iv) preservar o prestígio das cortes, evitando julgamentos inconsistentes.

---

<sup>208</sup> FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p. 12.

<sup>209</sup> MARINONI, 2019, p. 50.

<sup>210</sup> FREEDMAN, 1988. p. 12.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 12.

Ao barrar o acesso ao Judiciário, a doutrina<sup>212</sup> aponta que se cria um conflito entre fundamentos do direito processual. De um lado, o processo se preocupa em permitir às partes o completo desenvolvimento de seus casos, para que se garanta um julgamento justo baseado no mérito completamente apresentado. De outro, o processo deve ter um fim, com a apresentação de uma resposta através do julgamento do mérito com uma razoável duração.

Essas teorias, portanto, impedem que a parte mostre o que entende por verdade ao Judiciário. Ao limitar o debate, haveria uma limitação à busca da verdade, que ao fim acabaria não sendo o objetivo final do litígio, ao contrário do que muitos podem esperar. Austin Wakeman Scott<sup>213</sup>, ao tratar do tema por meio de uma teoria geral de preclusões, aponta que o interesse em pôr um fim ao processo não é só do Estado, mas também das partes, e, por isso, as questões levadas ao Judiciário devem ter um fim. Assim, para o autor, fica claro que a construção da ideia de preclusões opta pela busca do fim do litígio ao invés de ficar, repetidamente, buscando pela “verdade”. Mesmo que tratadas em campos distintos, as preclusões têm o mesmo propósito: dar fim ao litígio uma vez dada a resposta jurisdicional<sup>214</sup>. Do ponto de vista político, ambas as doutrinas buscam proteger os indivíduos de litígios vexatórios e promovem o uso eficiente dos recursos judiciais<sup>215</sup>.

Ambas as teorias são baseadas na ideia de preclusão após um julgamento final por um juiz competente, que é ancorada por ideias gerais que compõem o modelo da *common law*. Seguindo a ideia apresentada por Justice Cardozo<sup>216</sup>, esse modelo em que o Direito é desenvolvido a partir de casos deve respeitar os desejos da sociedade. Apesar de a afirmação poder ser objeto de debate, ela embasou a ideia da necessidade de preclusão dos atos relacionados ao Judiciário, de forma que a expectativa normal é de que o Judiciário dê uma palavra final no litígio e a questão só vá à análise judicial uma vez.

---

<sup>212</sup> ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. Collateral estoppel. **University of Richmond Law Review**, v. 16, n. 2, p. 343, 1982.

<sup>213</sup> SCOTT, 1942, p. 1.

<sup>214</sup> ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 343.

<sup>215</sup> SOLDÓ, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. **Catholic University Law Review**, v. 29, n. 2, 1980. p. 509.

<sup>216</sup> VESTAL, Allan D. Rationale of preclusion. **Saint Louis University Law Journal**, v. 9, 1964. p. 30.

Nessa linha, Allan Vestal<sup>217</sup> propõe três pontos que justificam o interesse da sociedade e dos litigantes no fim do litígio após a decisão judicial. O primeiro é o uso eficiente das cortes, que faz com que casos sejam discutidos e julgados apenas uma vez, evitando que os insatisfeitos com a decisão rediscutam a questão infinitamente e inúmeras vezes. Se isso não ocorresse, o Judiciário acabaria julgando o mesmo caso inúmeras e repetidas vezes, o que, além de não ser nada lógico, causaria uma verdadeira estagnação do sistema judicial. Como benefício subsequente do uso eficiente das cortes, os juízes teriam mais tempo para se dedicar a causas recentes sem precisar se preocupar com o que já foi julgado, possibilitando respostas mais céleres aos novos litígios.

O segundo ponto é a manutenção do prestígio das cortes. Em regra, no *common law*, as cortes tendem a respeitar as decisões que foram tomadas em outra corte e mantê-las, a não ser que seja superado o entendimento da primeira decisão – caso em que deverá haver a fundamentação adequada para tal. O terceiro aspecto apresentado pelo autor é a prevenção de assédio indevido dos litigantes. Ao pôr um fim ao direito de requerer uma demanda ou questão, previne-se que um dos litigantes seja colocado em uma situação em que deverá litigá-los infinitamente sem a segurança de uma palavra final do Judiciário. Desse modo, o autor apresenta o porquê da necessidade das preclusões. Impossibilitar a rediscussão pelo julgamento, tanto da causa de pedir quanto de questões discutidas no processo, é fundamental para a segurança dos litigantes e o bom funcionamento do processo e do Judiciário.

Ao aderir à linha proposta por Vestal, a Suprema Corte estadunidense ainda acrescentou três objetivos ao aplicar as preclusões<sup>218</sup>: (i) aliviar as partes de custo e assédio de inúmeros processos judiciais; (ii) conservar recursos judiciais; e (iii) prevenir inconsistências em decisões, de forma que incentivem a confiança na segurança dos julgamentos. Assim, a aplicação das preclusões deve invariavelmente respeitar as justificativas apresentadas e buscar atingir seus objetivos, sempre objetivando a necessidade de ter como base um julgamento justo que tenha respeitado o direito de ambas as partes durante o processo de cognição.

---

<sup>217</sup> VESTAL, 1964, p. 30.

<sup>218</sup> FREEDMAN, 1988. p. 12.



Para uma melhor compreensão do que o *collateral estoppel* alberga em sua atuação preclusiva, deve-se compará-lo com o outro efeito da teoria da *preclusion by prior adjudication*, a *res judicata*. Esta é mais ampla e tem seus efeitos preclusivos sobre toda a causa de pedir, de forma que também é chamada de *claim preclusion*. Opera em um campo onde, após a corte competente dar um julgamento de mérito final ao caso, barra que a parte leve a causa novamente para outro julgamento. Aqui o quesito observado é a causa de pedir (*cause of action*), e não os argumentos discutidos no processo, que passam a integrar a decisão de mérito. Pouco importam os debates feitos durante a argumentação do pedido, eles podem vir a aparecer em outra ação, no entanto, a mesma causa de pedir só poderá ser relitigada em casos excepcionais, como de revisão do julgamento.

A doutrina da *res judicata*, ou *claim preclusion*, tem seu foco voltado à causa de pedir, e a doutrina estadunidense aponta para diferentes efeitos de um julgamento sobre ela. Caso o autor perca sua demanda para o réu, a causa de pedir é extinta, uma vez que improcedente; no entanto, ainda há uma preclusão, mas esta passará a operar como uma barreira para novo julgamento (ou *barred by the judgment*). Por outro lado, caso o autor tenha sua demanda julgada procedente, a causa de pedir não será extinta, mas passará a integrar o julgamento, de forma que é utilizada a analogia de que o pedido se funde (*merge*) ao julgamento<sup>219</sup>. Apesar dos diferentes efeitos sobre a causa de pedir, tem-se no caso um julgamento conclusivo entre as partes, o que resultará em uma barreira absoluta a uma nova ação proposta com mesma causa de pedir.

O *collateral estoppel* não opera sobre a causa de pedir, mas sim sobre a matéria que foi arguida durante o processo, de forma que também é chamado de *issue preclusion*. Não há conceito como a causa de pedir para esta teoria, de forma que é preciso entender o que compõe sua restrição e os requisitos para que tenha seu efeito preclusivo sem que cause injustiças e ao mesmo tempo respeite as ideias de segurança jurídica e eficiência do Judiciário. Ao diferenciar o *collateral estoppel* de *res judicata*, Scott<sup>220</sup> aponta que não é o julgamento pelo julgamento que gera a preclusão, mas sim o processo, os pedidos e o veredito,

---

<sup>219</sup> ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 343.

<sup>220</sup> SCOTT, 1942, p. 4.

que seriam autenticados pelo julgamento. Assim, não seria a *res judicata* que impediria a nova discussão da questão, mas os registros do julgamento.

O *collateral estoppel*, portanto, é uma construção jurisprudencial<sup>221</sup> do direito estadunidense que limita a possibilidade de se relitigar uma questão já levada e decidida no Judiciário. Isso significa dizer que após a decisão do Judiciário não será mais possível discuti-la novamente em caso distinto esperando-se obter resultado diverso do primeiro. Deve-se atentar que, como o *collateral estoppel* não incide sobre a causa de pedir ou no julgamento final do pedido, ele é uma preclusão das questões realmente discutidas no processo. As questões não criam vínculo com a causa de pedir, de forma que a preclusão de se rediscutir a matéria também pode ser invocada em outra causa independentemente da causa de pedir ser diferente<sup>222</sup>. Por essa razão, também é definida no *Black's Law Dictionary* como “[...] a teoria que impede uma parte de relitigar uma questão julgada contra ela em ação anterior, mesmo que a segunda ação difira significativamente da primeira em que houve a decisão.”.<sup>223</sup>

De forma simplificada, tratam-se de efeitos do julgamento sobre o que nele foi arguido<sup>224</sup>. Ao dar fim ao litígio, o julgamento dá uma resposta ao que foi pedido pela parte requerente, seja favorável, seja desfavorável. Além de afetar diretamente a causa de pedir, impedindo que uma nova ação repetida seja proposta, independentemente de novos argumentos ou fatos trazidos, o julgamento afeta o que foi debatido entre as partes. Caso venham a relitigar entre si em uma ação baseada em nova causa de pedir, o primeiro julgamento terá efeitos sobre essas questões já discutidas na outra ação, mesmo que sem aparente vínculo com o pedido final. Assim, opera sobre o que foi debatido entre as partes, que, após obterem resposta válida do Judiciário, ficam barradas, ou *estopped*, de discutirem a questão novamente.

Os efeitos da decisão, portanto, não vinculam apenas as partes, pois, em caso de nova controvérsia, o novo julgamento também fica vinculado pelo

---

<sup>221</sup> VESTAL, 1964, p. 30.

<sup>222</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Lawlor v. National Screen Service. *Supreme Court Reporter*, v. 163, 1955 apud ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 343.

<sup>223</sup> Tradução livre de: “A doctrine barring a party from relitigating an issue determined against that party in an earlier action, even if the second action differs significantly from the first one”. (GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 10. ed. Minnesota: Thomson Reuters, 2014. p. 318).

<sup>224</sup> SCOTT, 1942, p. 2.

primeiro, mesmo que a causa de pedir seja outra – demonstrando o respeito pelo julgamento anterior. O novo julgamento com causa de pedir diversa do primeiro será processado normalmente. No entanto, as matérias realmente litigadas e julgadas na primeira ação não podem ser novamente colocadas em debate na segunda. Por esse motivo, Austin Wakeman Scott propôs o nome de *collateral estoppel*<sup>225</sup>, o efeito é entre as partes e não entre as causas de pedir da ação; o julgamento anterior causa um efeito colateral ao seu efeito direto do julgamento, que é sobre a causa de pedir original. Este efeito, no entanto, recai somente na matéria realmente discutida e decidida no primeiro julgamento<sup>226</sup>. Desse modo, percebe-se claramente que o *collateral estoppel*, diferentemente da *res judicata*, não tem vínculo com a causa de pedir da primeira ação.

Nos Estados Unidos, o principal caso em que se discutiu e decidiu sobre a diferença dos efeitos do julgamento sobre uma controvérsia subsequente (*collateral estoppel* e *res judicata*) foi o *Cromwell v. County of Sac*<sup>227</sup> em 1876. O autor pleiteava ser ressarcido de títulos que, segundo o réu, eram fraudulentos. Além disso, o autor não comprovou ter realizado o pagamento do título. Após perder a ação, o autor voltou a litigar com o réu, requerendo os valores referentes aos títulos que venceram após a primeira decisão. A *Supreme Court* decidiu que a questão de se o autor teria ou não pago pelos títulos não havia sido litigada na primeira ação; no entanto, a responsabilidade do autor sobre os títulos não poderia ser discutida novamente, uma vez que essa questão já fora decidida na primeira ação. Assim, definiu-se que mesmo em um julgamento com outra causa de pedir, o primeiro funcionaria como um *estoppel* apenas para a matéria realmente discutida e julgada, não em relação àquilo que possa ter sido debatido. A definição clássica<sup>228</sup> do *collateral estoppel*, segundo Freedman, vem a partir dessa decisão:

Quando a segunda ação entre as mesmas partes se basear em uma reivindicação ou demanda diferente, o julgamento na ação anterior opera como um impedimento somente quanto às questões em pauta ou

---

<sup>225</sup> SCOTT, 1942, p. 3.

<sup>226</sup> "It seemed to us, therefore, that it was best to use it in bringing out the distinction between the effect of a judgment on the original cause of action, where it operates by way of merger or bar, and its effect upon other causes of action between the parties, where it is conclusive only as to matters actually litigated and determines by judgment". (SCOTT, loc. cit.).

<sup>227</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Cromwell v. County of Sac*. **Supreme Court Reporter**, 1876.

<sup>228</sup> FREEDMAN, 1988, p. 21.

pontos controvertidos, após a determinação de qual a constatação ou veredicto foi processado.<sup>229</sup>

O componente fundamental para que haja a aplicação da *issue preclusion* é, portanto, o real julgamento determinado da questão. Ou seja, é preciso que o juiz dê uma palavra final e decisiva a respeito do que foi trazido, e a questão precisa ser claramente individualizada e debatida especificamente. Com esses dois requisitos cumpridos, o julgamento anterior pode vincular os seus subseqüentes. É nesse entendimento que o *Black's Law Dictionary* apresenta a definição de *collateral estoppel* como:

O efeito vinculante de um julgamento quanto às questões realmente litigadas e julgadas em uma ação sobre controvérsias posteriores envolvendo um pedido diferente daquele em que o julgamento original se baseou.<sup>230</sup>

Após a constatação de possibilidade de vínculo das partes em outra ação com o julgamento da primeira, passou a ser necessário definir mais claramente até que ponto o réu precisaria se defender dos argumentos levantados e quais deles seriam precluídos de se realçar em nova ação. Em outras palavras: já que a questão não poderá ser novamente debatida, o réu precisa se defender de todas as possibilidades possíveis no primeiro caso? Segundo Austin Scott<sup>231</sup>, era muito comum a defesa de que um julgamento em favor do requerente fosse conclusivo, uma vez que o julgamento é baseado na presunção de que os fatos alegados são verdadeiros. Esse pensamento daria uma resposta positiva à pergunta, no entanto, seria uma regra que causaria grande desigualdade para com o réu. A questão foi debatida pelo Justice Knowton da Suprema Corte de Massachusetts<sup>232</sup>:

---

<sup>229</sup> Tradução livre de: "Where the second action between the same parties is upon a different claim or demand, the judgment in the prior action operates as an estoppel only as to those matters in issue or points controverted, upon the determination of which the finding or verdict was rendered". (FREEDMAN, 1988. p.21).

<sup>230</sup> Tradução livre de: "The binding effect of a judgement as to matters actually litigated and determined in one action on later controversies between the parties involving a different claim from that on which the original judgment was based". (GARNER, 2014. p.318).

<sup>231</sup> SCOTT, 1942, p. 6.

<sup>232</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Judicial Court of Massachusetts. Watts v. Watts. *Northeastern Reporter*, v. 36, p. 479-481.

Seria uma regra dura e opressiva que faria que uma pessoa resistisse a uma reivindicação insignificante e se envolvesse em litígios dispendiosos para evitar a execução de um julgamento que será tido conclusivo contra ele por todo fato material alegado e não negado na declaração, de modo a impedi-lo de mostrar a verdade se surgir outra controvérsia entre as mesmas partes. Pode haver várias razões pelas quais ele preferiria se submeter a uma reclamação em vez de se defender contra ela. Com a finalidade de defender essa ação, ele teria seu dia no tribunal, mas uma vez, e se ele escolher deixar o caso por omissão, ou com um julgamento sobre algumas das defesas que poderiam ser feitas e não sobre outras, ele seria obrigado para sempre a acatar as decisões feitas no momento. Mas um requerente não pode reivindicar que lhe seja dado mais do que ele pede em seu processo. Ele não pode reclamar que o réu não considerou oportuno criar defesas e levantar questões com o objetivo de permitir ajudá-lo a ajustar os fatos para futuras controvérsias possíveis. Nos processos subsequentes que são independentes do processo inicial, o julgamento nesse processo é conclusivo como prova, ou pode ser invocado como preclusão apenas quanto às questões que foram postas em causa e julgadas; mas não é necessário que estes sejam particularmente mencionados nos argumentos se envolvidos na questão comprovada, e se o caso for determinado no julgamento dessa questão.<sup>233</sup>

Assim, podem existir casos em que a parte ré opte por não litigar um caso com todas suas forças por razões estratégicas. Em processos subsequentes, a parte que perdeu a causa ficará precluída apenas nos pontos em que debateu de forma específica e suficiente. A parte autora, por outro lado, não terá o direito de impor que seu adversário litigue algum ponto de interesse visando futura preclusão.

Fica claro que questões de fato, uma vez debatidas pelas partes de forma específica, não poderão mais ser levadas ao Judiciário para que a questão seja novamente debatida. No entanto, passou-se a pensar sobre a possibilidade de

---

<sup>233</sup> Tradução livre de: "It would be a harsh and oppressive rule which should make it necessary for one sued on a trifling claim to resist it, and engage in costly litigation in order to prevent the operation of a judgment which would be held conclusively to have established against him every material fact alleged and not denied in the declaration, so as to preclude him from showing the truth if another controversy should arise between the same parties. There might be various reasons why he would prefer to submit to a claim rather than to defend against it. For the purpose of defending that suit, he would have his day in court but once, and if he chose to let the case go by default, or with a trial upon some of the defences which might be made and not upon others, he would be obliged forever after to hold his peace. But a plaintiff can claim no more than to be given what he asks in his writ. He cannot justly complain that the defendant has not seen fit to set up defences and raise issues for the purpose of enabling him to settle facts for future possible controversies. In subsequent proceedings which are independent of the original suit, the judgment in that suit is conclusive as evidence, or may be pleaded as an estoppel only as to those matters which were put in issue and determined; but it is not necessary that these should be particularly mentioned in the pleadings if they are involved in the issue made up, and if the case is determined upon the trial of that issue". (SCOTT, 1942, p. 6-7).

haver uma preclusão das questões de direito. O caso *United States v. Moser*<sup>234</sup>, de 1924, foi julgado pela Suprema Corte e se tornou o *leading case* do debate. Esse foi o segundo caso em que as partes debateram uma questão de restituição de parcelas pendentes de salário referentes a serviço militar. Na primeira ação, o oficial da Marinha estadunidense pleiteou pagamento pelo período em que estava na Academia Naval durante a Guerra Civil, o que teve julgamento favorável. Após ir ao encontro de um estatuto que dispunha pela não inclusão do período dedicado à Academia Naval no tempo de serviço, o Governo dos Estados Unidos entrou com outra ação, requerendo alteração nas parcelas subsequentes do salário de Moser. O novo pedido não teve êxito e foi barrado pela Suprema Corte. Era pacífico o entendimento de que o mesmo pedido entre as mesmas partes representa uma barreira absoluta, pois, mesmo que o pedido fosse outro, por se tratar de outro período e de novos argumentos levantados, a questão já havia sido decidida entre as partes, como apontou Justice Sutherland:

Um fato, uma questão ou um direito claramente julgado na ação original não podem ser contestados em uma ação posterior, mesmo que a determinação tenha sido alcançada em uma visão errada ou por uma aplicação errada da lei. Isso seria afirmar o princípio em respeito àquilo que foi julgado, mas, ao mesmo tempo, negar toda a eficácia sustentando um desafio para os fundamentos em que se baseou o julgamento.<sup>235</sup>

Por outro lado, em contraponto a essa decisão, no caso *United States v. Stone & Downer Co.*<sup>236</sup>, de 1927, foi decidido pela não preclusão de discutir certas questões de direito. Em ação anterior, a empresa importou um carregamento de lã sem pagar os impostos de importação, pois estaria inserido em uma classificação de isenção. O Governo estadunidense questionou a isenção e requereu a cobrança dos impostos; no entanto, a *Court of Customs*

---

<sup>234</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Moser*. **Supreme Court Reporter**, Oct. 1924.

<sup>235</sup> Tradução livre de: "But a fact, question or right distinctly adjudged in the original action cannot be disputed in a subsequent action, even though the determination was reached upon an erroneous view or by an erroneous application of the law. That would be to affirm the principle in respect of the thing adjudged but, at the same time, deny it all efficacy by sustaining a challenge to the grounds upon which the judgment was based". (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Moser*. **Supreme Court Reporter**, Oct. 1924 apud SCOTT, 1942, p. 9).

<sup>236</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Stone Downer Co.* **Supreme Court Reporter**, 1927.



*Appeals* julgou pela isenção, e o recurso cabível, o *writ of certiorari*, não foi interposto. O caso em questão foi subsequente à primeira decisão e questionou a importação de itens similares aos do primeiro caso, que tinham sido enquadrados na mesma classificação que os anteriores. A *Court of Customs Appeals* manteve a decisão anterior, mas dessa vez o Governo dos Estados Unidos interpôs recurso que levou a causa à Suprema Corte. Esta decidiu que mesmo que se estivesse discutindo a mesma questão já litigada, o julgamento anterior não operaria como um *estoppel* para a nova ação. Isso porque a defesa da manutenção de decisão contrária a entendimento legal não pode ser reproduzida, mesmo que a decisão não possa ser alterada. Desta forma, o Chief Justice Taft se manifestou: “Tal resultado levaria à desigualdade na administração da lei aduaneira, à discriminação e a grandes injustiças e confusões”.<sup>237</sup>

Mesmo com a ressalva do caso anterior, a aplicação do *collateral estoppel* para questões de direito continuou sendo aplicada recorrentemente em questões tributárias para cobrança de impostos ou restituição de cobranças indevidas<sup>238</sup>. Para evitar situações de injustiças, a Suprema Corte decidiu que é possível barrar a rediscussão, através do *issue preclusion*, desde que as situações alegadas no segundo caso sejam idênticas em todos os aspectos às que foram decididas na ação anterior<sup>239</sup>.

Resulta interessante fazer uma ressalva ao caso *Montana v. U.S.*, onde foi discutida a constitucionalidade de uma imposição em 1979. Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que a impossibilidade de se relitigar a questão de direito não decorreu de existência de precedente, mas sim de uma decisão anterior onde a questão havia sido decidida<sup>240</sup>.

A aplicação do *collateral estoppel*, ou *issue preclusion*, é, portanto, adotada também para questões de direito, sendo, no entanto, aplicada de maneira mais restrita do que em relação a questões de fato<sup>241</sup>. Essas limitações

---

<sup>237</sup> Tradução livre de: “Such a result would lead to inequality in the administration of the customs law, to discrimination and to great injustice and confusion”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. United States v. Stone Downer Co. *Supreme Court Reporter*, Oct. 1927 apud SCOTT, 1942, p. 8).

<sup>238</sup> SCOTT, 1942, p. 9.

<sup>239</sup> GOLDSTEIN, Gersham. Res judicata and collateral estoppel. **American Bar Association Journal**, v. 54, n. 11, p. 1132, 1968.

<sup>240</sup> MARINONI, 2016. p. 28.

<sup>241</sup> SCOTT, 1942, p. 10.

buscam aplicar a teoria de forma mais justa, balanceando a segurança jurídica e a estabilidade de uma primeira decisão. Desta forma, Austin Scott expõe que:

Parece claro, para as autoridades, portanto, que a doutrina do *collateral estoppel* é aplicável a questões de direito, bem como a questões de fato, mas há limitações em sua aplicação a questões de direito que não ocorrem às questões de fato. Parece claro que [o *collateral estoppel*] não é aplicado às questões de direito, a menos que as ações sucessivas não envolvam apenas as mesmas questões de direito, mas também surjam da mesma transação ou envolvam o mesmo assunto. Além disso, a doutrina está sujeita à limitação um tanto vaga que não será aplicada se resultar em injustiça. O julgamento original é válido, embora com base em propriedades errôneas quanto à lei; mas em controvérsias subsequentes entre as mesmas partes com base em outras causas de pedir, o tribunal não é necessariamente obrigado a fazer as mesmas decisões errôneas quanto à lei.<sup>242</sup>

O *collateral estoppel*, portanto, pode ser entendido conforme a metáfora utilizada por Joseph W. Glannon<sup>243</sup>: o instituto seria como uma ferramenta que dissecaria a ação em diversas questões, tanto de fato quanto de direito, e removeria as que tenham sido devidamente discutidas e decididas, impossibilitando nova análise judicial.

#### 4.2 ASPECTOS E REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO COLLATERAL ESTOPPEL

Buscando dar maior segurança à aplicação da teoria do *collateral estoppel*, a jurisprudência estadunidense desenvolveu, no decorrer de suas decisões, elementos necessários para que a teoria seja utilizada de maneira responsável e respeitosa em relação à segurança jurídica dos jurisdicionados.

---

<sup>242</sup> Tradução livre de: "It seems clear on the authorities, therefore, that the doctrine of collateral estoppel is applicable to questions of law, as well as to questions of fact, but that there are limitations on its application to questions of law which do not obtain as to questions of fact. It seems clear that it is not applied to questions of law unless the successive actions not only involve the same questions of law but also arise out of the same transaction or involve the same subject matter. Moreover the doctrine is subject to the somewhat vague limitation that it will not be applied if injustice would result. The original judgment stands, although based upon erroneous holdings as to the law; but in subsequent controversies between the parties based on other causes of action the court is not necessarily bound to make the same erroneous holdings as to the law". (SCOTT, 1942, p. 10)

<sup>243</sup> GLANNON, Joseph W. **Civil Procedure**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. p. 575.



Em sua obra que trata especificamente do tema, Warren Freedman<sup>244</sup> apresenta sete aspectos que necessariamente devem ser analisados para que o *collateral estoppel* seja aplicado: (i) necessidade de questões e fatos idênticos; (ii) validade e finalidade do julgamento; (iii) completa e justa oportunidade de ser ouvido; (iv) análise de julgamentos inconsistentes; (v) mudanças circunstanciais e/ou avanços científicos; (vi) natureza processual e não material; e (vii) identidade de partes.

O primeiro aspecto, necessidade de questões e fatos idênticos, se faz necessário para garantir que a questão precluída seja exatamente a discutida, evitando ampliação para situações análogas. Este aspecto se mostra essencial para garantir aos litigantes segurança ao debaterem o fato no primeiro processo: só será impedido de se relitigar a questão pontual do primeiro caso, nada mais.

No caso *Borough of Landale v. Federal Power Commission*, foi definido que a parte que alega a aplicação do *collateral estoppel* tem o ônus de comprovar que o caso discutido e julgado no primeiro processo é exatamente o mesmo que o discutido no segundo. Como o autor aponta, “[...] não é suficiente introduzir apenas a decisão do tribunal anterior, a menos que um registro adequado identificando exatamente as questões litigadas seja produzido.”<sup>245</sup>

Ao falar sobre a validade e finalidade do julgamento, o autor expressa que o objetivo básico do instituto é dar um fim ao processo judicial entre as partes que o disputam. Após ser dada a resposta ao litígio, sua rediscussão não é nem de interesse das partes, nem da sociedade ou do Judiciário. Ao dar fim a infinitos debates sobre o mesmo tema, é que a preclusão da questão se faz tão importante.

O terceiro aspecto levantado pelo autor como elemento essencial é a completa e justa oportunidade de ser ouvido. Segundo ele, nenhuma pessoa deve ser vinculada a um julgamento sem ter a oportunidade de ser ouvida e defender seu caso perante a corte. Esse requisito, no entanto, por ser muito amplo, deve ser analisado caso a caso, ficando à discrição do juiz aplicar ou não o *collateral estoppel* conforme entenda se houve ou não adequada defesa e oportunidade da parte se pronunciar no caso anterior. Os inúmeros pontos que podem ser

---

<sup>244</sup> FREEDMAN, 1988. p. 21-30.

<sup>245</sup> Tradução livre de: "It is not sufficient to introduce merely the decision of the prior court unless an adequate pinpointing the exact issues litigated is produced". (Ibidem, p. 25).

analisados nesse requisito apresentam um problema difícil para o julgador da causa a resolver, e, por isso, deve-se fazer uma análise caso a caso. Apesar de ser um critério tão aberto, Freedman apresenta diversos fatores a serem analisados para que então se conclua sobre o requisito, como tamanho da causa, juízo que julgou o primeiro caso, uso da iniciativa, competência e experiência dos julgadores, possibilidade de novas provas, indício de julgamento comprometido, diferente aplicação da lei e previsibilidade dos futuros litígios.

O quarto aspecto do instituto é a análise de julgamentos inconsistentes: caso duas cortes tomem decisões conflitantes, o efeito do *collateral estoppel* é negado. A razão por trás de tal requisito é a de que, por existirem entendimentos diversos sobre a questão, supõe-se que ela deva ser suficientemente complexa para que haja confiança em uma das decisões e não na outra. O autor aponta que a preclusão de se relitigar a questão já julgada é utilizada para garantir a integridade do sistema judicial, que depende da ampla crença de que todas as decisões são confiáveis. No entanto, ele alerta que, apesar de o novo julgamento de uma questão já decidida causar situações embaraçosas ao Judiciário, deixar que uma decisão questionável seja mantida negando a uma das partes um julgamento justo seria ainda mais embaraçoso. Por essa razão, para que se aplique o efeito do *collateral estoppel* na segunda causa, a corte deve procurar garantir que o primeiro caso seja suficientemente confiável para vincular o litigante em causas futuras. O autor ainda alerta que um mesmo fato que gere inúmeras causas individuais tem maiores chances de gerar julgamentos inconsistentes, o que faz com que alguns tribunais neguem a aplicação dos efeitos desse instituto por conta do risco maior.

O quinto requisito a ser analisado são as mudanças circunstanciais ou avanços científicos entre a data do primeiro julgado e a do segundo. Caso ocorram mudanças em aspectos fundamentais que basearam a primeira decisão, não se pode aplicar o *collateral estoppel*. Essa análise foi feita e esclarecida pela Suprema Corte estadunidense em 1948, quando esta declarou que:

O *collateral estoppel* é utilizado para evitar processos repetitivos em assuntos que já foram decididos e que permaneceram substancialmente estáticos, factualmente e legalmente. Não se destina

a criar direitos adquiridos em decisões que ficaram obsoletas ou erradas com o tempo.<sup>246</sup>

O sexto aspecto do *collateral estoppel* é sua natureza processual. A importância de se reconhecer tal natureza no instituto – e não a de natureza material – está no fato de que deve respeitar regras objetivas do processo. O instituto já foi visto como uma regra de natureza material, sendo um mandamento de justiça, de forma que sua aplicação era forçada mesmo que contrariasse alguma lei processual, de maneira que os direitos das partes e a tranquilidade social eram garantidos, uma vez assegurada a segurança jurídica. Essa distinção passou a afetar principalmente a regra da mutualidade, ainda aplicada em diversos tribunais, que será analisada posteriormente neste trabalho. Tal regra é colocada como uma condição processual para a aplicação do instituto, no entanto, as cortes que o viam como uma regra de natureza material passaram a ignorar o requisito em nome da Justiça. Buscando evitar tais situações, as cortes estadunidenses passaram a entender o *collateral estoppel* como uma regra de natureza processual, tendo um caráter mais objetivo, deixando de ser um direito subjetivo das partes.

O último aspecto a ser analisado é a identidade de partes entre os dois casos em questão. Ao se tratar de casos em que se busca aplicar o *collateral estoppel*, quando ambas as partes envolvidas no segundo litígio fizeram parte do primeiro que gerou a decisão a ser aplicada, a aplicação do instituto é clara. Uma vez que ambas tiveram sua chance de influenciar a corte e fazer seu argumento sobre a questão valer, elas passam a ficar vinculadas por tal questão. Caso os demais requisitos e aspectos estejam de acordo com os critérios do instituto, não há grandes discussões sobre essa aplicação; esse vínculo é chamado de *doctrine of mutuality*, ou teoria da mutualidade.

Existem decisões, no entanto, que ignoram essa teoria e aplicam o *collateral estoppel* a apenas uma das partes vinculadas pelo primeiro julgamento, mesmo que a outra não tenha participado dele. Esse entendimento

---

<sup>246</sup> Tradução livre de: "Collateral estoppel is designed to prevent repetitious lawsuits over matters which have once been decided and which have remained substantially static, factually and legally. It is not meant to create vested rights in decisions that have become obsolete or erroneous with time". (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Commissioner of Internal Revenue v. Sunnen. *Supreme Court Reporter*, 1948 apud FREEDMAN, 1988. p. 29)

é mais recente e, contudo, já é aplicado pela maioria dos estados americanos. Segundo Freedman, menos de um quarto dos estados mantém a regra da mutualidade como essencial para a aplicação do *collateral estoppel*. Essa superação de entendimento ocorreu de maneira muito debatida e sua aplicação deve ser feita observando-se alguns detalhes a mais, uma vez que pode trazer inúmeros novos interessados à questão decidida, de forma que deve ser aplicada de forma mais cuidadosa e, por isso, será analisada com mais detalhes na próxima seção.

#### 4.3 A TEORIA DA MUTUALIDADE E SUA SUPERAÇÃO: A QUESTÃO JULGADA EM FAVOR DE TERCEIROS

No início da teoria, esse vínculo só existia entre ambas as partes participantes do processo, de forma que elas estariam ligadas e obrigadas ao julgamento anterior. A justificativa da teoria mutualidade vinha de um princípio aplicado até então: para que uma parte sofra efeitos de uma preclusão, ela deve ter feito parte do julgamento que a afetará<sup>247</sup>. Buscando uma ideia de justiça, a teoria da mutualidade era colocada como um requisito da aplicação do *collateral estoppel*. Um terceiro ao julgamento não teria direito de invocar e evitar a rediscussão da questão previamente já julgada, uma vez que ele não teria vínculo a este primeiro julgamento<sup>248</sup>.

Essa teoria era muito rígida, e assim, logo de início, uma exceção se desenvolveu nas cortes estadunidenses. Nos casos onde a responsabilidade do réu dependesse da culpa de alguém que já foi exonerado em ação anterior que foi julgada pelos mesmos fatos, a teoria da mutualidade poderia ser afastada em benefício do réu<sup>249</sup>. A exceção se justifica com base na ideia de que seria intolerável a injustiça que decisões diferentes causariam em uma situação como essa, o que resultaria em permitir uma recuperação do requerente por conduta que o réu já foi absolvido. A inconsistência de julgamentos devido à necessidade

---

<sup>247</sup> "It is a principle of general elementary law that the estoppel of a judgment must be mutual". (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Bigelow v. Old Dominion Copper Mining & Smelting Co.* *Supreme Court Reporter*, Oct 1912 apud ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 345)

<sup>248</sup> ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 346.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 346.

de vínculo da mutualidade seria inaceitável, causando situações intoleravelmente injustas<sup>250</sup>.

Mesmo com a exceção à teoria da mutualidade, a doutrina continuou a criticar sua aplicação como requisito para o uso do *collateral estoppel*. Já era consolidado o pensamento de que o homem não pode negar as situações para as quais contribuiu com a sua própria conduta<sup>251</sup>. Nessa linha, Bentham se colocou como um dos grandes críticos da teoria da mutualidade, que aos poucos passou a ser mitigada pelas cortes estadunidenses. Segundo a lógica do autor, existe razão em se defender que uma parte não deva perder uma causa por conta de decisão anterior em processo de que não foi parte, mas não há razão em permitir que se discuta novamente uma questão já decidida apenas pelo fato de ter outro adversário que não fez parte do primeiro processo. Assim, as partes sempre teriam direito a discutir seu caso no Judiciário, mas não o direito a discuti-lo diversas vezes até atingir o resultado esperado. Pode-se observar o pensamento do autor no trecho que foi citado inúmeras vezes em estudos e casos referentes ao tema:

Outra regra curiosa é que, como um julgamento não é evidência contra um estranho, o julgamento contrário não deve ser uma prova para ele. Se a própria regra é curiosa, a razão dada para ela é ainda mais: - "Ninguém pode se beneficiar de um veredicto no qual não poderia ter sido prejudicado caso o resultado tivesse sido contrário:" uma máxima de que pode se supor ter sua lógica vinda de uma mesa de jogo para o tribunal. Se uma parte se beneficiar com um lance dos dados, ela irá, se as regras do *fair play* forem observadas, ser prejudicada por outra situação: mas que a consequência deve ser válida quando aplicado à justiça, não é igualmente claro. Esta regra da mutualidade é destituída mesmo dessa aparência de razão, que existe para a regra relativa à *res inter alios acta*. Há razões para dizer que um homem não deve perder sua causa em consequência do veredicto dado em um processo anterior ao qual ele não era uma parte; mas não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder sua causa em consequência de uma decisão proferida em um processo em que foi parte, simplesmente porque seu adversário não foi.<sup>252</sup>

<sup>250</sup> ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 346.

<sup>251</sup> MARINONI, 2016. p. 26.

<sup>252</sup> Tradução livre de: "Another curious rule is, that, as a judgment is not evidence against a stranger, the contrary judgment shall not be evidence for him. If the rule itself is a curious one, the reason given for it is still more so: - 'Nobody can take benefit by a verdict, who had not been prejudiced by it, had it gone contrary:' a maxim which one would suppose to have found its way from the gaming-table to the bench. If a party be benefited by one throw of the dice, he will, if the rules of fair play are observed, be prejudiced by another: but that the consequence should hold when applied to justice, is not equally clear. This rule of mutuality is destitute of even that

Atualmente, esse pensamento parece ser o mais aceito nas cortes estadunidenses, uma vez que menos de um quarto dos estados ainda exigem a *mutuality rule*<sup>253</sup> como requisito de aplicação da preclusão sobre as questões já decididas. A lógica defendida pela maioria das cortes conclui que “[...] desde que a parte contra quem o *collateral estoppel* seja aplicado tenha tido seu dia na corte, equidade, justiça e economia judicial serão bem servidos”<sup>254</sup>.

O caso que se tornou um marco para a mudança de pensamento nas cortes estadunidenses e mitigou a teoria da mutualidade para a aplicação do *collateral estoppel* foi *Bernhard v. Bank of American National Trust & Savings Association*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia<sup>255</sup>. Este caso foi precedido por uma ação em que Bernhard contestou movimentações bancárias entre James Cook e Clara Sather, uma senhora em quem Bernhard tinha interesse testamentário. A sra. Sather, nos anos finais de sua vida, passou a morar com a família de James Cook, administrador de seus bens. Para facilitar a administração e cobrir gastos, a sra. Sather possuía uma conta na qual Cook também podia fazer saques. Cook, em seguida, transferiu todo o valor desta primeira conta para outro banco, onde abriu uma segunda conta na qual passou a ser titular em conjunto com a sra. Sathers. Essa transferência em princípio foi feita sem autorização, no entanto, em seguida a sra. Sathers autorizou a movimentação realizada. Pouco antes da morte da sra. Sathers, Cook sacou toda a quantia da segunda conta conjunta e depositou em uma conta própria, onde ele e sua mulher eram titulares.

Quando Cook protocolou o pedido de renúncia de seu cargo de administrador, Bernhard e outros beneficiários do testamento da sra. Sather

---

semblance of reason, which there is for the rule concerning res inter alios acta. There is reason for saying that a man shall not lose his cause in consequence of the verdict given in a former proceeding to which he was not a party; but there is no reason whatever for saying that he shall not lose his cause in consequence of the verdict in a proceeding to which he was a party, merely because his adversary was not. It is right enough that a verdict obtained by A against B should not bar the claim of a third party C; but that it should not be evidence in favour of C against B, seems the very height of absurdity. The only fragment of a reason which we can find in the books, having the least pretension to rationality, is this, - that C, the party who gives the verdict in evidence, may have been one of the witnesses by means of whose testimony it was obtained. The inconclusiveness of this reason we have already seen". (BENTHAM, Jeremy. *Rationale of judicial evidence*. London: Hunt and Clarke, 1827, p. 579 apud CURRIE, Brainerd. *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine*. **Stanford Law Review**, v. 9, p. 284, 1957).

<sup>253</sup> FREEDMAN, 1988. p. 23.

<sup>254</sup> Tradução livre de: "As long as the party against whom collateral estoppel is asserted has had his day in court, fairness, justice and judicial economy are well served". (ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 347.)

<sup>255</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of California. *Bernhard v. Bank of American National Trust & Savings Association*. **Pacific Reporter**, 1942.

contestaram a prestação de contas, que não apresentava os saques e transferências para a segunda conta. O julgamento da causa decidiu que Cook poderia ficar com o dinheiro, entendendo a transferência como um presente da sra. Sather, uma vez que a operação ocorreu enquanto ela ainda estava viva. Bernhard, que passou a administrar os bens do espólio da sra. Sather, entrou com uma ação contra o banco pedindo restituição dos valores, uma vez que permitiu a realização do saque de todo o montante da primeira conta sem a autorização prévia da sra. Sather. Essa segunda ação, então, deu origem ao célebre caso que excluiu a necessidade da teoria da mutualidade para a aplicação do *collateral estoppel*. Em sua defesa, o banco alegou que houve sim autorização da sra. Sather, além de que a questão já havia tido resposta jurisdicional, tendo sido formada *res judicata* quanto à questão de que teria sido um presente dado a Cook.

O primeiro grau deu razão ao banco, e, em seu recurso, Bernhard alegou não ser possível se alegar a formação de *res judicata*, uma vez que o réu dessa ação não teria participado da primeira, infringindo a teoria da mutualidade, requisito para a preclusão da discussão da questão. A corte, ao se deparar com tal alegação, afastou pela primeira vez a teoria da mutualidade, dando razão ao banco. Na justificativa, o julgado esclarece que a posição tomada decorre do entendimento de que o *collateral estoppel* tem a função de impedir que uma parte que já tenha tido um julgamento leve questão idêntica à decidida para nova análise judicial. Nessa perspectiva, a corte moldou aquela que ficou conhecida como *Bernhard doctrine*, ou teoria Bernhard, conforme as seguintes ponderações:

O critério para determinar quem pode fazer valer o fundamento da *res judicata* difere fundamentalmente dos critérios que determinam contra quem um fundamento da *res judicata* pode ser utilizado. Os requisitos do devido processo legal proíbem a afirmação de um fundamento judiciário contra uma parte, a menos que ela esteja vinculada pelo litígio anterior em que a questão foi decidida... Ele está vinculado por esse litígio somente se ele for parte ou atuado com uma das partes... Não há motivo convincente, no entanto, para exigir que a parte que afirma o fundamento de *res judicata* deva ter sido uma parte, ou atuado com uma das partes, do litígio anterior.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> Tradução livre de: "The criteria for determining who may assert a plea of *res judicata* differs fundamentally from the criteria for determining against whom a plea of *res judicata* may be



Nessa decisão, assim como em diversas outras decisões, as cortes misturam os termos da *res judicata* e *collateral estoppel* como se significassem a mesma coisa. A doutrina<sup>257</sup>, no entanto, alerta para a diferença dos conceitos e para que o uso invertido não muda o teor da decisão, devendo ser analisado o objeto de preclusão (causa de pedir ou questão) para identificar o instituto referido.

No caso *Bernhard*, a corte formulou três critérios a serem respeitados para que se determine a possibilidade de afastamento da regra da mutualidade<sup>258</sup>: (i) a questão decidida no primeiro julgamento deve ser idêntica à apresentada na nova ação; (ii) houve um julgamento final de mérito na primeira ação; (iii) a parte contra quem a decisão será afirmada foi parte ou atuou com uma das partes no primeiro julgamento. Como todos os três requisitos estejam presentes, permitiu-se a utilização do julgado anterior por terceiro. Esses requisitos passaram a ser utilizados nos casos futuros.

Na mesma linha do pensamento proposto por Bentham, a corte se baseou na ideia de justiça e equidade, julgando injusto que seja permitido a alguém ter outro dia frente à corte para discutir decisão já dada apenas por trocar de adversários. Tendo em vista tais ideias base do instituto, a teoria da mutualidade só pode ser afastada para que o primeiro julgamento beneficie um terceiro; não haveria lógica em tentar usar a teoria para prejudicar alguém que não pode discutir no judiciário algo que o prejudicaria – seria uma grande violação de direitos.

Deve-se destacar que apesar de grande parte dos estados terem mitigado a teoria da mutualidade após o caso *Bernhard*, como já dito, uma minoria de estados ainda permanecem rígidos quanto à teoria como requisito do *collateral estoppel*. Isso é justificado pelo entendimento de que o acesso ao Judiciário não pode ser mitigado, ou, como colocado pela *Ohio Supreme Court*,

---

asserted. The requirements of due process of law forbid the assertion of a plea of *res judicata* against a party unless he was bound by the earlier litigation in which the matter was decided... He is bound by that litigation only if he has been a party thereto or in privity with a party thereto ... There is no compelling reason, however, for requiring that the party asserting the plea of *res judicata* must have been a party, or in privity with a party, to the earlier litigation". (ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 348.)

<sup>257</sup> ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 348; FREEDMAN, 1988. p. 9.

<sup>258</sup> SOLDI, 1980, p. 514.



“[...] todas as pessoas têm direito de ter o seu dia na corte”<sup>259</sup>. Além disso, outro contraponto à Teoria Bernhard seria o de que o esforço para se garantir os requisitos de devido processo legal sem a mutualidade seriam tão dispendiosos que não trariam benefício algum em termos de economia judicial<sup>260</sup>.

De forma sucinta, pode-se entender que a Suprema Corte estadunidense decide que o *collateral estoppel* nunca pode prejudicar quem não participou do processo em que a decisão foi discutida e decidida; porém, deixa claro que a coisa julgada sempre pode beneficiar, e nunca prejudicar, um terceiro<sup>261</sup>.

#### 4.4 O RESTATEMENT SECOND OF JUDGEMENTS

O *Restatement (Second) of Judgments* apresenta, em seus parágrafos, orientações para a aplicação do *collateral estoppel*. *Restatement* é um compilado de orientações que se formaram no *common law* que foi organizado por um grupo de juristas que formam a American Law Institute (ALI). O prestígio do instituto e do processo de organização de cada *Restatement* faz dele uma fonte de autoridade persuasiva, e, muitas vezes, é seguido literalmente pelas Cortes<sup>262</sup>.

Esse documento afirma o *nonmutual collateral estoppel* sem fazer qualquer distinção entre o uso defensivo e ofensivo<sup>263</sup>, mas possui disposições que buscam conferir maior justiça à aplicação do *collateral estoppel*. É o caso, por exemplo, do parágrafo 28 item 4, que afasta a aplicação do *collateral estoppel* em casos onde uma das partes teve um ônus argumentativo muito maior do que a outra na primeira ação. Isso claramente busca evitar que o instituto do *collateral estoppel* cause um grande desequilíbrio na balança processual ao invés de garantir a igualdade e segurança jurídicas.

O parágrafo 27<sup>264</sup> apresenta uma regra geral, determinando a necessidade de uma decisão final de mérito obtida após amplo debate e

<sup>259</sup> Tradução livre de: “[...] all persons are entitled to their day in court”. (FREEDMAN, 1988. p. 24).

<sup>260</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>261</sup> MARINONI, 2019, p. 76.

<sup>262</sup> BIONDO, Catherine. **Restatements**. Disponível em: <<https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=309942&p=2070280>>. Acesso em: 20 maio 2019.

<sup>263</sup> MARINONI, 2019, p. 88.

<sup>264</sup> “§ 27. *Issue Preclusion-General Rule*

contraditório, independentemente do pedido. Nas disposições do parágrafo 28<sup>265</sup>, encontram-se exceções à regra geral, ou seja, quando o *collateral estoppel* não é formado. Casos onde, por exemplo, a parte não teve oportunidade de discutir adequadamente a questão, de forma que não haveria um contraditório prévio e efetivo; e a parte não pode recorrer a respeito da questão, pois a questão não é de competência do juízo onde corre a questão principal, não formam coisa julgada.

Apesar das exceções previstas nos parágrafos 28 e 29, as Cortes mantiveram-se preocupadas com o uso abusivo do instituto e práticas como o *wait and see* e a obrigatoriedade do demandado ter que discutir e vencer dezenas de ações para não se ver automaticamente condenado diante de dezenas de litigantes<sup>266</sup>, como se verá em tópicos a seguir.

#### 4.5 APLICAÇÕES DO NONMUTUAL COLLATERAL ESTOPPEL

A possibilidade de que terceiros não integrantes do primeiro processo impeçam que outra parte litigue o que já discutiu no Judiciário foi uma quebra nos princípios tradicionais da preclusão<sup>267</sup>. Esse passo a mais dado pelas cortes

---

*When an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim.*

*Exceptions to this general rule are stated in § 28.*

<sup>265</sup> § 28. *Exceptions to the General Rule of Issue Preclusion Although an issue is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, relitigation of the issue in a subsequent action between the parties is not precluded in the following circumstances:*

*(1) The party against whom preclusion is sought could not, as a matter of law, have obtained review of the judgment in the initial action; or*

*(2) The issue is one of law and (a) the two actions involve claims that are substantially unrelated, or (b) a new determination is warranted in order to take account of an intervening change in the applicable legal context or otherwise to avoid inequitable administration of the laws; or*

*(3) A new determination of the issue is warranted by differences in the quality or extensiveness of the procedures followed in the two courts or by factors relating to the allocation of jurisdiction between them; or*

*(4) The party against whom preclusion is sought had a significantly heavier burden of persuasion with respect to the issue in the initial action than in the subsequent action; the burden has shifted to his adversary; or the adversary has a significantly heavier burden than he had in the first action; or*

*(5) There is a clear and convincing need for a new determination of the issue (a) because of the potential adverse impact of the determination on the public interest or the interests of persons not themselves parties in the initial action, (b) because it was not sufficiently foreseeable at the time of the initial action that the issue".*

<sup>266</sup> MARINONI, 2019, p. 88.

<sup>267</sup> GLANNON, 2013. p. 594.

estadunidenses permitiu que as partes passassem a usar julgamentos de seus adversários em benefício próprio. A depender da forma como a parte busca afetar a outra, é dito que usa a decisão como uma forma de defesa ou de atacar a parte que fez parte do primeiro julgamento. Essas modalidades são chamadas de *defensive collateral estoppel* e *offensive collateral estoppel*; cada qual tem características distintas e, portanto, há a necessidade de se fazer a análise separadamente<sup>268</sup>.

#### 4.5.1 DEFENSIVE COLLATERAL ESTOPPEL

A utilização do *collateral estoppel* por terceiros que não participaram do primeiro processo de forma defensiva foi a primeira forma aplicada nas cortes estadunidenses. Ela é caracterizada pela defesa do réu, que não participou do primeiro julgamento, ser baseada em julgamento anterior do qual o autor foi parte e perdeu a mesma questão<sup>269</sup>.

Nessa modalidade, o réu invoca a preclusão da questão que o autor tentou alegar em um caso anterior e falhou, de forma que não poderia alegar de novo contra esse novo réu. Assim, o terceiro usa a preclusão como um “escudo”<sup>270</sup> contra o autor, assim como foi aplicada no caso Bernhard.

A confirmação na Suprema Corte estadunidense ocorreu no caso *Blonder-Tongue Laboratories, Inc v. University of Illinois Foundation*. Em um caso anterior, a *University of Illinois Foundation* havia ajuizado uma ação por violação de patente de equipamento de televisão e rádio. Nesse primeiro caso, a patente foi declarada inválida e teve a sentença confirmada em sede recursal. Subsequentemente, a fundação da universidade alegou novamente violação da patente, agora por parte da *Blonder-Tongue Laboratories*, que deu origem ao caso em questão. O caso foi para julgamento na *Supreme Court*, onde foi impedido que a fundação voltasse a alegar questão que já havia sido decidida por julgamento válido, de forma que afastou pela primeira vez a regra da mutualidade.

---

<sup>268</sup> SOLDO, 1980, p. 520.

<sup>269</sup> Ibidem, p. 516-517.

<sup>270</sup> FREEDMAN, 1988. p. 31.

Aqui, devem ser aplicados os requisitos disciplinados no caso *Bernhard* e os aspectos desenvolvidos pelas cortes e ordenados por Warren Freedman, já expostos anteriormente. Isso busca garantir maior grau de justiça e segurança jurídica ao se aplicar um julgamento desfavorável em favor de quem não influenciou o primeiro julgamento. Essa aplicação tende a diminuir a quantidade de casos repetidos, inibindo o autor de requerer a mesma demanda inúmeras vezes apenas por trocar seu adversário<sup>271</sup>.

Ao se afastar a mutualidade, a aplicação do instituto fica baseada nas noções de justiça e equidade, que, por serem termos amplos e de difícil definição, causam problemas<sup>272</sup>. Essa insegurança fez com que, no caso *Spettegue v. Mahoney*, o *collateral estoppel* não fosse utilizado pela Corte:

Esta panaceia é a antítese do nosso sistema de justiça... Os conceitos de "justiça" variam de homem para homem e de tempos em tempos e não podemos conceber nada mais pernicioso e vil do que um tribunal de recursos estabelecer a lei em alto e bom som, mas para termos amplos, como o do caso em particular, não pode ser julgada com qualquer grau de certeza até que o tribunal mais alto da hierarquia judicial tenha feito seu pronunciamento sobre o que é "justiça".<sup>273</sup>

No entanto, o principal argumento em favor do uso defensivo para o *collateral estoppel* é a economia judicial<sup>274</sup>, que pode ser observada em dois efeitos<sup>275</sup> provocados pelo seu uso. O primeiro é encorajar as partes a consolidarem as questões que compõem o litígio na maior extensão possível. O segundo, sendo um efeito indireto, diminuiria a necessidade de um novo litígio subsequente, após grande parte das questões já terem sido resolvidas anteriormente.

Tais argumentos também possuem seus contrapontos, de forma que o uso do instituto também pode aumentar o número de litígios de duas maneiras. Da mesma forma que pode reduzir o número de litígios, o incentivo em consolidar

---

<sup>271</sup> FREEDMAN, 1988, p. 35.

<sup>272</sup> ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 351.

<sup>273</sup> Tradução livre de: "This panacea is the antithesis of our system of justice .... Concepts of 'justice' vary from man to man and from time to time and we can conceive of no more pernicious an evil than for an appellate court to lay down law in high-sounding language but in such broad terms that its application to the particular case cannot be determined with any degree of certainty until the highest court in the particular judicial hierarchy has made its august pronouncement as to what is 'justice'". (Ibidem, p. 352.)

<sup>274</sup> SOLDÓ, 1980, p. 521.

<sup>275</sup> ALEXANDER; RUBIN; VAUGHN; WINGO, 1982, p. 352-353.

todos os pontos de uma causa poderia acarretar em processos mais volumosos e complexos do que o necessário. O segundo ponto também diz respeito à complexidade dos casos, uma vez que, para a aplicação do *collateral estoppel*, o juiz deverá analisar se esse ponto em específico trará justiça e economia processual.

#### 4.5.2 OFFENSIVE COLLATERAL ESTOPPEL

O *offensive collateral estoppel* constitui na aplicação da preclusão pelo autor para impedir que o réu discuta algo que já discutiu e foi decidido anteriormente. Por ter essa característica de “ataque” do autor contra o réu, a essa modalidade utiliza-se a metáfora de ser uma “espada”<sup>276</sup>.

Essa aplicação foi decidida na Suprema Corte estadunidense no caso *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, onde foi debatida a questão de falsidade de documentação emitida pelos diretores da empresa. Em uma ação anterior, a veracidade da documentação foi debatida contra um órgão regulador nacional, a SEC (*Securities and Exchange Commission*, ou Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos), onde a companhia foi derrotada. Posteriormente, na ação em questão, foi requerido que a empresa não pudesse mais discutir a veracidade dos documentos, uma vez que já haviam tido oportunidade para tal. Por entender que Parklane teve seu dia na corte sobre a questão debatida, ficou impedido de discuti-la novamente, de forma que o autor, que não foi parte da primeira questão, pôde usar a decisão contra o réu que participou do primeiro debate. Esse uso deve ser feito de forma mais cautelosa do que o defensivo, como se verá mais a frente neste trabalho.

---

<sup>276</sup> FREEDMAN, 1988. p. 31.

## 5 EFEITOS DO *COLLATERAL ESTOPPEL* NO PROCESSO

### 5.1 AS ESCOLHAS ECONÔMICAS DAS PARTES FRENTE AO LITÍGIO E A ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO DOS *TRADEOFFS* EM UM PROCESSO DINÂMICO

Partindo de ideia juseconômica<sup>277</sup>, as partes que escolhem litigar ponderam os possíveis custos e benefícios a partir das informações disponíveis para optar por essa alternativa de resolução de conflito. Assim, um indivíduo pode ser estimulado a litigar caso encontre um cenário onde há um baixo custo e um baixo risco processual.

Como bem coloca Henrique Cavalcante, caso normas jurídicas que regulam as interações sociais fossem perfeitamente claras sobre a quem pertence o melhor direito e não existissem custos para negociações (como tempo, distância e intermediários), o processo judicial seria desnecessário. Uma vez que a realidade opera de forma distinta e, muitas vezes, as partes têm percepções diferentes do Direito ou até mesmo dos fatos, o Judiciário e as demais formas de resolução de conflito se fazem necessários<sup>278</sup>.

Priest e Klein<sup>279</sup> discutem o fato de que a formação de expectativas a partir das diferentes visões subjetivas entre as partes frente ao resultado do litígio afeta a eventual instauração do processo. Caso essas visões coincidam, dificilmente o litígio será instaurado; por outro lado, observando-se divergência, provavelmente ele se instaurará. Assim, conclui-se que a probabilidade de instauração de litígios varia de acordo com as pessoas envolvidas e suas visões sobre o Direito. As determinantes para um acordo ou para a instauração do

---

<sup>277</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. **NBER Working Paper Series**, p. 1-69, ago. 1976.

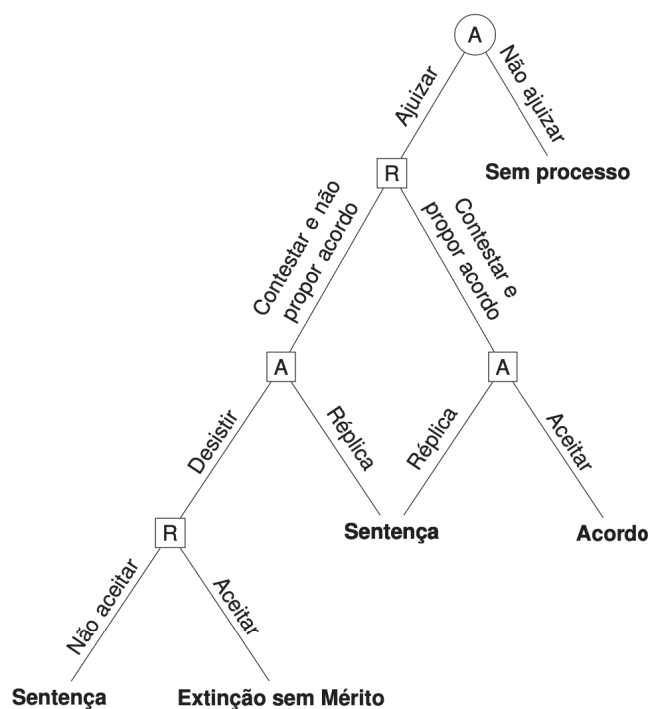
<sup>278</sup> CAVALCANTE, 2012, p. 15.

<sup>279</sup> É preciso fazer a ressalva de que o estudo busca analisar a relação entre litígios judicializados e não judicializados, assim como os acordos realizados antes e depois do ajuizamento da ação com base nas informações obtidas no cenário do Direito estadunidense. Os próprios autores relatam um cenário onde em determinados tipos de litígios 0.7% dos casos são ajuizados e desses 0,09% entram com o recurso de apelação. Por conta disso alertam que como o sistema legal se origina em boa parte dos estudos de casos julgados em segundo grau, o Direito não se desenvolve abrangendo boa parte das disputas sociais, mas em torno de poucos casos. Isso, segundo os autores, não dão um direcionamento preciso para os problemas sociais, se restringe a apresentar quais casos as cortes têm mais trabalho para julgar e quais são mais simples. Apesar dessa realidade muito diferente da brasileira, podemos aproveitar o estudo ao apresentar uma ótica economicista para o raciocínio das partes para entender como elas são levadas a iniciar, continuar ou abandonar uma disputa no judiciário.

processo passam a ser vistas exclusivamente de forma econômica, incluindo dados como expectativa de custos e análise de probabilidades com base em informações que as partes têm sobre o caso<sup>280</sup>.

A primeira decisão em um litígio é tomada pelo autor que ajuíza ou não a ação e, a partir desse momento, uma série de decisões podem ser tomadas e passam a ser analisadas sob a ótica do custo-benefício durante o desenrolar do processo, sempre considerando a expectativa dos envolvidos frente ao resultado do processo<sup>281</sup>. Esse “caminho” a ser analisado é bem representado pelo organograma a seguir, onde “A” representa autor e “R” réu:

FIGURA 1 – ESTRUTURA DECISIONAL EM UMA AÇÃO NO 1º GRAU



FONTE: CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. A lógica do processo: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro. 2012. 76 p. Dissertação de Mestrado – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012, p. 16.

Mesmo que de maneira intuitiva, autores e seus advogados decidem por ajuizar uma ação ponderando o direito pleiteado com as despesas que terão

<sup>280</sup> PRIEST, George L.; KLEIN, Benjamin. The Selection of Disputes for Litigation. **The Journal of Legal Studies University of Chicago Law School**, 2021. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724341>>. Acesso em: 7 jul. 2021. p. 4.

<sup>281</sup> CAVALCANTE, 2012, p. 16-17.

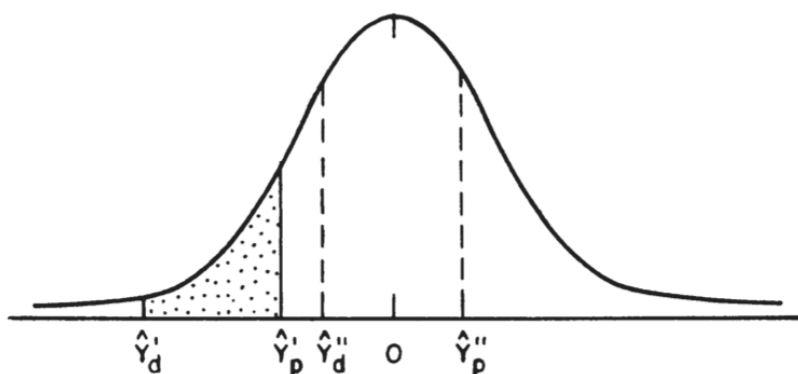


para atingir seu objetivo – custas processuais, honorários advocatícios, honorários de perito e eventuais despesas sucumbenciais. Assim, essas consequências servem como incentivos para o autor ajuizar uma ação quando entender que os benefícios superarão os gastos esperados<sup>282</sup>.

Como já dito no começo deste capítulo, não há como se precisar exatamente a probabilidade de sucesso da lide, e as partes sabem que há uma margem de erro na estimativa feita, no entanto, são essas estimativas individuais que ditarão a probabilidade de as partes realizarem um acordo. Ignorando características individuais de como o indivíduo se coloca frente ao risco, presume-se que um acordo será realizado quando o réu oferece um valor próximo ao esperado no final da ação; por outro lado, o réu aceitará quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor está disposto a aceitar<sup>283</sup>.

Essa dinâmica entre as expectativas das partes frente ao julgamento é representada por Priest e Klein no seguinte gráfico:

GRÁFICO 14 – DIFERENÇAS ENTRE AS ESTIMATIVAS DE PROBABILIDADE DO DEMANDANTE E DO RÉU



FONTE: PRIEST, George L.; KLEIN, Benjamin. The Selection of Disputes for Litigation. **The Journal of Legal Studies University of Chicago Law School**. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724341>, p. 4.

No gráfico, “0” indica a expectativa padrão da decisão final;  $\hat{Y}_d$  a expectativa do réu (“defendant”); e  $\hat{Y}_p$  a expectativa do autor (“plaintiff”). O que se mostra são duas situações em que a diferença entre as expectativas são as

<sup>282</sup> CAVALCANTE, 2012, p. 17.

<sup>283</sup> PRIEST; KLEIN, 2021, p. 12-13.



mesmas, no entanto, na situação  $\hat{Y}'$ , ambas estão deslocadas no mesmo sentido; enquanto na situação  $\hat{Y}''$ , a expectativa se aproxima da que seria a mais precisa. A área sob o gráfico indica os resultados vislumbrados pelas partes como possíveis resultados, a sombreada na situação  $\hat{Y}'$  e a não sombreada entre linhas pontilhadas na situação  $\hat{Y}''$ .

No momento em que as partes vislumbram situações semelhantes, mesmo que distantes da expectativa padrão 0, estão mais propensas tanto para o acordo quanto para o não ajuizamento da ação. Por outro lado, quando estão em lados opostos de 0, porém com uma expectativa mais próxima da realidade, dificilmente entrarão em um acordo e o ajuizamento da ação tem uma probabilidade maior – nessa situação cada uma das partes vê sua chance de êxito de forma positiva e pouco propensa a fazer uma oferta de acordo aceitável ao seu antagonista<sup>284</sup>.

Cada parte se “coloca” em uma posição do gráfico conforme as informações que possui e os dados obtidos do Judiciário. Essas informações não são exatas, o julgamento que será feito pelo Judiciário não é perfeitamente previsível e além de que cada parte não revela completamente as informações que possui sobre o caso. Além disso, as informações são levadas à parte por seu advogado, que muitas vezes pode ter interesses próprios não revelados, já que ele ganha se houver um litígio<sup>285</sup>.

Estudando o tema, Posner<sup>286</sup> coloca que é contraintuitivo que demandas sejam litigadas, uma vez que o sentido natural a ser seguido ao se deparar com duas transações é o de optar pela menos custosa – entre um processo e um acordo, seria a segunda opção. No entanto, não há como negar que o caminho das Cortes ainda é a escolha de muitos, de forma que existe uma razão econômica para tal fato<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> PRIEST; KLEIN, 2021, 2021, p. 13-16.

<sup>285</sup> CAVALCANTE, 2012, p. 18.

<sup>286</sup> POSNER, 2014, p. 779.

<sup>287</sup> Deve ser feito o alerta que essa análise de Posner é feita na realidade estadunidense, onde a minoria dos casos é levada para julgamento. Esses casos são resolvidos antes, pois se encontram em um sistema onde o tempo todo as partes são colocadas em posição de análise de custo-benefício, como visto na política dos *tradeoffs*. No entanto, a análise permite que seja visto como as partes são incentivadas a prosseguir um litígio frente a existência ou ausência de barreiras, independentemente do sistema que se encontram. Cf. Administrative Office of the U.S. Courts 2005. Disponível em: <[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2005judicialbusiness\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2005judicialbusiness_0.pdf)>. Acesso em: 7 jul. 2021.

Ao refletir sobre o “design” das regras processuais civis, Ronald Dworkin<sup>288</sup> identifica que diversos desafios serão enfrentados no campo da política para que ocorram mudanças, e por diversas vezes se apresentarão problemas de caráter filosófico. Tal pensamento é contrário ao que muitos podem pensar, uma vez que é difundida a ideia de que o objetivo do processo civil seria essencialmente prático, devendo apenas coordenar bem um sistema litigioso através de regras técnicas<sup>289</sup>. Como bem defende Dworkin<sup>290</sup>, há uma relação próxima entre Direito Processual e Direito Material e, em relação a essa proximidade, ainda destaca mecanismo de “tradeoffs”<sup>291</sup> que um bom sistema processual precisa.

As partes são peças fundamentais e analisáveis dentro do desenho processual. No entanto, as previsões em modelos são inicialmente feitas com litigantes neutros ao risco. A propensão ou aversão que cada uma tem em relação ao risco influi diretamente no processo a ser analisado. Os fatores individuais de como as partes encaram os riscos são de grande influência na tomada de decisões.

Um exemplo para ilustrar a situação é o caso da justiça gratuita, conforme análise realizada por Fabio Tenenblat<sup>292</sup>. O autor analisa uma série de processos cujo pedido de justiça gratuita foi indeferido; desses, a grande maioria foi extinto por desistência do autor. Disso, duas hipóteses são levantadas: (i) as decisões de indeferimento foram corretas e os pedidos tinham pouca chance de sucesso; ou (ii) as decisões foram incorretas e as partes que desistiram realmente não poderiam arcar com as custas processuais que seguiriam.

O autor, no entanto, percebe que as causas que persistiram mesmo sem a gratuidade de justiça tiveram mais de 116% de sucesso em relação às que o pedido foi deferido. Portanto, tamanha taxa de insucesso indica alto grau de frivolidade nos pedidos com pedido de gratuidade da justiça<sup>293</sup>.

---

<sup>288</sup> DWORKIN, 2000, p. 71.

<sup>289</sup> BONE, 2003, p. 1.

<sup>290</sup> DWORKIN, 2000, p. 72.

<sup>291</sup> “Tradeoff” é uma situação onde se faz a análise de uma situação onde para alcançar um objetivo é preciso perder algo que também é desejável. (**Cambridge Dictionary**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/tradeoff>>. Acesso em: 08 jan. 2020.)

<sup>292</sup> TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

<sup>293</sup> Ibidem, p. 30-32.

Aqui não cabe entrar no mérito de se há ou não uma abusividade no uso do direito da justiça gratuita, argumentado por Tenenblat. No entanto, podemos observar que a partir do momento que o processo deixa de ser dinâmico em relação às partes – não há mais análise de custo-benefício – ele vira apenas uma causa lançada ao juiz para ser administrada pelo procedimento processual.

Para Bone, um sistema processual perfeito seria aquele que faria valer a lei material sem custo algum e com uma precisão perfeita. No entanto, a realidade é que um sistema como esse é inalcançável, e devemos nos contentar com um sistema que tem custos próprios e que busca reduzir, mas não elimina, o risco de algum erro de execução. Dessa forma, o autor conclui que o desafio do direito processual é encontrar um equilíbrio de custo-benefício mesmo sem informações perfeitas e buscando prever um resultado provável<sup>294</sup>. O *collateral estoppel* ajuda a orientar de forma mais clara as direções do processo, aumentar momentos que as partes se põem a analisar o custo-benefício da permanência no litígio, aumentando momentos de análise de *tradeoff* que ocorrem ao longo dos processos.

Um acordo apenas é firmado quando ambas as partes concluem que tal medida trará uma melhora de sua posição. A tentativa de acordo fracassa e o litígio prossegue quando não se atinge o preço mínimo que o autor busca receber, que é maior que o máximo que o réu está disposto a pagar. Por exemplo, caso o autor não aceite nada menos que R\$10.000,00 (dez mil reais), não haverá acordo se o réu não está disposto a pagar mais que R\$9.000,00 (nove mil reais). Nesse cenário, cada parte busca maximizar seu recurso frente à outra, seja pagando menos ou recebendo mais<sup>295</sup>.

No entanto, mesmo que os interesses sejam compatíveis, nenhuma das partes tomará a iniciativa de iniciar negociações de um acordo se não houver incentivo para tal. De forma que além de mecanismos processuais que fazem com que as partes sentem para negociar e que haja um incentivo por parte do juiz, é importante que as partes estejam constantemente analisando o processo e seus riscos<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> BONE, 2003, p. 2.

<sup>295</sup> POSNER, 2014, p. 779.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 780.

A condição para a permanência no litígio é resumida por Posner na seguinte inequação, onde:  $J$  é o “tamanho do julgamento” caso o autor vença;  $P_p$ , a probabilidade que o autor entende possuir de ganhar a causa;  $P_d$ , a probabilidade que o réu entende possuir de ganhar a causa;  $C$  são os custos que as partes têm com o litígio; e  $S$  o custo com o acordo. O modelo é simplificado e assume que ambas as partes são neutras frente ao risco e que os custos são iguais para ambas as partes<sup>297</sup>.

$$P_p J - C + S > P_d J + C - S \quad (1)$$

Que também pode ser reescrito:

$$(P_p - P_d) J > 2(C - S) \quad (2)$$

Ao interpretar a equação escrita na forma (2), percebe-se que caso ambas as partes tenham a mesma ideia sobre o resultado do julgamento, a parte esquerda da inequação será zero. Neste caso, há maiores chances de um acordo, pois ambas as partes vislumbrarão custo com o processo. Caso uma das partes esteja pessimista com suas chances de sucesso há um grande desequilíbrio na equação  $P_p - P_d$ , de forma que também há chances maiores de acordo<sup>298</sup>.

Uma das razões para que as partes divirjam em suas estimativas está na forma que veem o resultado final do julgamento. Isso pode ocorrer quando uma das partes possui informações privadas não disponíveis para a outra parte<sup>299</sup>. O litígio se instaura, portanto, quando as partes não chegam a um acordo de forma espontânea e o autor acredita que os benefícios esperados do litígio superam os custos esperados<sup>300</sup>.

No Brasil, o cálculo feito pelo réu baseia-se naquilo que o autor apresenta na petição inicial. Conforme o art. 319, VI do CPC, o autor deve indicar todas as provas que pretende produzir para demonstrar a verdade dos fatos. Com isso, o

---

<sup>297</sup> POSNER, 2014, p. 781.

<sup>298</sup> POSNER, loc. cit.

<sup>299</sup> POSNER, loc. cit.

<sup>300</sup> CAVALCANTE, 2012, p. 23.

código pretende viabilizar, além de uma compreensão judicial mais adequada, uma defesa mais apropriada<sup>301</sup>.

Em um processo pautado pela colaboração (art. 6º, CPC), o juiz tem dever de esclarecimento para com as partes: esse dever tem por finalidade não só viabilizar uma compreensão judicial mais adequada da posição das partes em juízo, mas também possibilitar uma defesa mais apropriada pelas partes de suas posições processuais.<sup>302</sup>

Com um direcionamento prévio do que a parte autora pretende com o ajuizamento da ação e do que é indicado pelas suas provas, a parte ré, somando seus conhecimentos, pode formar sua expectativa a respeito do sucesso da ação<sup>303</sup>. Mesmo em um sistema onde se possa prever com maior grau de precisão qual seria a decisão de um determinado caso, prever o ambiente de um litígio para traçar uma estratégia é uma tarefa complexa. A motivação individual de cada uma das partes pode influenciar drasticamente a probabilidade da realização de um acordo e colocar mais variáveis no raciocínio realizado<sup>304</sup>.

Alguns motivos genéricos, entretanto, podem ser traçados para se compreender impulsos que as partes tomarão no processo. Um exemplo que se pode dar é o estímulo à desistência do processo pela parte autora logo após a contestação do réu. Ao ter acesso à argumentação do réu, o autor pode mudar sua crença subjetiva a respeito do sucesso de sua demanda.

No entanto, conforme o art. 90 do CPC, em caso de desistência, o autor seria incumbido de pagar despesas processuais e honorários de sucumbência, de forma que mais um ônus passa a compor a equação. Analisar o valor a ser pago pela desistência faz sentido diante de uma possível sentença contrária; mesmo com poucas chances de sucesso, talvez tentar a sorte no processo compense mais do que pagar imediatamente.

Nesse cenário criado, pode haver quem pense que uma vez que a parte é desestimulada da desistência, estaria propensa a fazer um acordo, dando fim a um processo no qual até mesmo a parte autora não vê mais sentido, mas esse não é o caso. Como a desistência não resolve o mérito (art. 485, VIII do CPC), a parte autora não fica impedida de ajuizar a mesma ação novamente (486 do

---

<sup>301</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, 437-442.

<sup>302</sup> Ibidem, 2019, 442.

<sup>303</sup> CAVALCANTE, 2012, p. 23.

<sup>304</sup> BONE, 2003, p. 14.

CPC) e trazer novos fundamentos para o debate. Dessa forma, vemos um cenário onde, possivelmente, o réu não tenha interesse em acatar a desistência e optará pelo prosseguimento da ação (art. 485, §4º, do CPC); para ele, apresenta-se uma perspectiva otimista para obter uma coisa julgada favorável e não se incomodar novamente com o assunto<sup>305</sup>.

Esse exemplo ajuda na compreensão de que o comportamento cooperativo e a propensão à autocomposição surge de incentivos criados pelo processo para que as partes sejam impelidas a essa solução consensual. Por essa razão, é necessário pensar em um processo estruturado para tal atividade, e, como Wolkart destaca, ferramentas da economia clássica e da economia comportamental utilizadas na análise econômica do direito podem auxiliar o desenvolvimento dessa abordagem<sup>306</sup>:

[...] nos chamados *jogos finitos*, o comportamento cooperativo depende de recompensas e punições claras, criadoras de incentivos específicos de cooperação. Não se coopera por uma questão moral ou porque existe um princípio a respeito escrito no Código de Processo Civil. Na análise específica da cooperação, sob a luz da teoria dos jogos, veremos a necessidade não só da rigorosa análise de admissibilidade da inicial pelo juiz, mas também da punição *a posteriori* da litigância de má-fé do autor, que pode ter-se iniciado na petição inicial, mas acabou revelada apenas mais à frente, por outros comportamentos no curso do processo.<sup>307</sup>

Como fica claro pela passagem de Wolkart, não se pode acreditar que o comportamento cooperativo ou pró autocomposição surgirá apenas pelo Direito positivado. O sistema precisa ser construído de forma que apresente recompensas e punições para que as partes tomem escolhas mais produtivas que a simples inércia<sup>308</sup>.

Ainda, como destaca Bone<sup>309</sup>, os direitos materiais são tão bons quanto o procedimento que lhes garante efetividade. Assim, as pessoas podem tomar suas decisões, se comprometer com obrigações, ter expectativa que outros cumpram suas obrigações com a garantia de que possuem um sistema processual que funciona como é devido.

---

<sup>305</sup> CAVALCANTE, 2012, p. 26-28.

<sup>306</sup> WOLKART, 2019, p. 81.

<sup>307</sup> Ibidem, p. 359-360.

<sup>308</sup> WOLKART, loc. cit.

<sup>309</sup> BONE, 2003, p. 2.

Usando o modelo de *astreinte* definitiva originada do sistema francês como exemplo, percebe-se a importância da previsibilidade para a garantia de efetivação dos direitos. Nesse sistema, uma vez decretada a sanção pecuniária compulsória, o juiz deixa de poder aumentá-la, moderá-la ou suprimi-la; o poder de modulação esgota-se no momento de sua ordenação<sup>310</sup>:

Em suma: porque a *astreinte* definitiva, dada a sua certeza, é uma ameaça invariável na sua intensidade e se realiza, como sanção, automaticamente, se o devedor não obedecer, o seu efeito coercitivo é mais real e mais eficaz que o da *astreinte* provisória; perante ela, o devedor adstringido só tem uma escolha: submeter-se ou sofrer-lhe as consequências, privado que está de eventual moderação (ou mesmo de supressão) do montante fixado pelo juiz, eventual moderação alimentada pela *astreinte* provisória que, assim, tem menor virtualidade para que o sujeito adstringido abdique da sua resistência e rebeldia.<sup>311</sup>

A opção por essa imutabilização da sanção está pelo caráter hipotético da condenação final. Caso fosse possível uma sanção passível de revisão, daria azo a um comportamento especulativo do devedor, que poderia alimentar esperanças em uma futura revisão da medida coercitiva, de forma que não fará o cumprimento imediato da obrigação, pois deixa de temer o acúmulo do montante final da *astreinte*<sup>312</sup>.

O *collateral estoppel* exerce o mesmo papel na análise apresentada. Ao conferir maior previsibilidade às relações entre os litigantes e suas demandas, o instituto aproxima a visão de ambos os polos do processo sobre o resultado final. Com isso, há uma maior chance de que as partes constituam um acordo.

Utilizando o gráfico apresentado acima (Gráfico 12) para ilustrar a situação, o *collateral estoppel* atrai as partes para uma posição mais próxima no eixo x. Isso diminui as probabilidades de resultado e estimula as partes para um acordo; uma vez reconhecida a preclusão sobre o assunto, é muito menos provável que uma decisão diferente seja proferida. Como visto, seria preciso um convencimento do juiz de que as condições de influenciar a decisão e de contraditório não estavam presentes no primeiro caso. É importante ressaltar que uma vez vislumbrada a possibilidade de aplicação do *collateral estoppel* em

---

<sup>310</sup> SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 435.

<sup>311</sup> Ibidem, p. 436.

<sup>312</sup> Ibidem, p. 435-436.

um processo, o risco assumido pelas partes não é mais o mesmo. Para a parte contra a qual a preclusão ocorreria, passa a haver um custo muito maior do que para a outra. Utilizando a inequação (1) de Posner para interpretar a situação, o  $J$  de uma das partes seria muito maior, na fórmula<sup>313</sup>:

$$P_p J (\downarrow) - C + S > P_d J (\uparrow) + C - S$$

Assim, caso o  $J$  (“tamanho do processo”) seja muito menor para uma das partes, há maiores chances de haver um acordo. Isso ocorre porque uma das partes terá muito mais estímulos para evitar o litígio, já que a outra que não teria um proveito proporcional que a incentivasse a permanecer em um litígio que tem como opositor de alguém que tem mais a perder<sup>314</sup>.

## 5.2 A APLICAÇÃO DO *COLLATERAL ESTOPPEL* E O RISCO DE FORMAÇÃO DE UM PROCESSO DESPROPORCIONAL

Em uma análise direta, parece ser um desperdício de recursos reconsiderar questões e provas já analisadas por um juiz competente. No entanto, as consequências para aquele que será alvo da preclusão do *collateral estoppel* podem ser muito severas. Isso pode levar a parte a se investir de forma desproporcional no processo, o que não é desejável por duas razões: (i) aumenta a probabilidade e, consequentemente, o custo social de erro judicial; e (ii) com mais em jogo, o primeiro litígio consumirá mais recursos do que uma equivalente sem possibilidade de *collateral estoppel*<sup>315</sup>.

Um dos objetivos do sistema processual pela ótica econômica é o de minimizar o custo de decisões judiciais errôneas. Essas decisões têm consequências tanto na esfera individual dos litigantes quanto na social. Uma das análises feitas por Posner foi a busca por mensurar o dano que uma decisão pode causar à sociedade. Para esclarecer tal objetivo, o autor apresenta o exemplo a seguir: supondo um caso em que a expectativa de custo para um tipo

---

<sup>313</sup> POSNER, 2014, p. 782.

<sup>314</sup> POSNER, loc. cit.

<sup>315</sup> SPURR, Stephen J. An economic analysis of collateral estoppel. **International Review of Law and Economics**, 1991, p. 49.



de acidente seja \$100 e o custo para o possível causador evitar o acidente seja \$90, pode-se concluir que vale mais a pena que o sujeito evite causar o dano do que efetivamente causá-lo<sup>316</sup>.

No entanto, o autor acrescenta a variável de erro de julgamento ao exemplo. Supondo que em 15% dos casos em que acidentes similares são julgados o causador do dano pode esperar evitar condenação por determinações erradas no sistema processual. Isso faz com que a expectativa de custo do acidente caia para \$85, agora, comparando com o custo de evitá-lo (\$90), já não vale mais a pena<sup>317</sup>.

Diante desse debate, e assumindo que não há como extinguir erros de julgamento, a Suprema Corte estadunidense discutiu em *Mathews v. Eldridge* como o devido processo legal deve ser avaliado usando um teste de equilíbrio. Ao julgar, a corte deve levar em consideração os interesses do governo, os interesses do indivíduo e o risco de erro no processo existente, bem como a quantidade de procedimentos adicionais que ajudariam<sup>318</sup>. A conclusão foi traduzida na seguinte fórmula:

$$B < PL$$

Ela significa que o devido processo legal é garantido quando o *custo para garantir a tutela processual (B)* é menor que a *probabilidade de erro (P)* e a *magnitude das perdas se o erro se materializar (L)*.

Foi feita uma tentativa de utilizar a fórmula de forma quantitativa em *Van Harken v. City of Chicago*<sup>319</sup>, mas seu uso mais comum é uma análise qualitativa. Nesse caso, foi debatido se um carro foi ou não abandonado em local público pelo dono, antes de rebocar o carro para o ferro velho, o dono deve ser ouvido em audiência, uma vez que existe boa possibilidade de que o carro tenha quebrado ou tenha sido roubado, além de que o valor do carro é muito superior ao gasto em uma audiência. Na fórmula:

---

<sup>316</sup> POSNER, 2014, p. 773.

<sup>317</sup> POSNER, loc. cit.

<sup>318</sup> *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

<sup>319</sup> *Van Harken v. City of Chicago*, 906 F. Supp. 1182 (N.D. Ill. 1995). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/906/1182/2126790/>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

$$B(\downarrow) < P(\uparrow) L(\uparrow) \text{ (custo baixo para grandes chances de erros e perdas)}$$

Mas, por outro lado, a discussão pode ser a respeito de estacionar em local proibido. As chances de erro são menores e o carro não será destruído, de forma que uma audiência antes da remoção do carro passa a não ter mais tanto sentido, não sendo necessária para que o procedimento corra garantindo o devido processo legal. Na fórmula:

$$B(\uparrow) < P(\downarrow) L(\downarrow) \text{ (custo alto para poucas chances de erros e perdas)}$$

O gráfico abaixo ajuda a explicar os efeitos de decisões judiciais errôneas para a sociedade. Ele ilustra uma situação em que se busca evitar danos através do uso de equipamentos de segurança, onde:  $D$  representa o valor marginal de segurança de uma unidade de equipamento em valor de condenação evitada e  $C$  o custo de cada equipamento.

GRÁFICO 15 – O CUSTO DO ERRO EM CASOS CIVIS

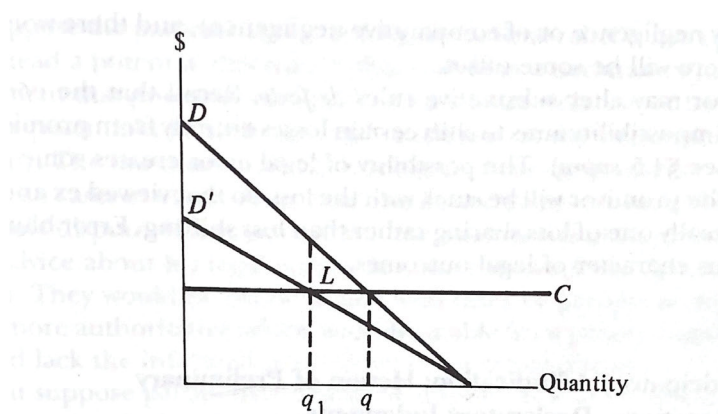


Figure 22.1

FONTE: POSNER, Richard A. **Economic analysis of Law**. Nova Iorque: Wolters Kluwer & Business, 2014, p. 775.

Esse é um gráfico que se comporta da forma clássica na análise de “utilidade marginal”, onde a cada unidade o seu valor/utilidade diminui<sup>320</sup>.

<sup>320</sup> “Utilidade marginal é decrescente, ou seja, a utilidade ganha pela aquisição de uma mercadoria diminui. Imaginemo-nos com sede e o valor para nós de um copo d’água; e por um segundo copo d’água; e por um terceiro e assim por diante. O ‘valor’ ou a ‘utilidade’ de mais um

Podemos observar que, na situação, o valor do equipamento é maximizado quando comprado na quantidade  $q$ , onde  $D$  e  $C$  se intersectam. Na situação imaginada pelo autor, se a indústria for completamente responsável pelo dano causado no acidente,  $D$  se estabelece como a demanda dessa empresa. Agora, caso haja uma expectativa de erro legal no processo e a empresa espere ser condenada em apenas  $p$  por cento dos casos em que cause danos, a demanda por esses equipamentos de proteção cairá para  $D'$  e a empresa fará a compra de apenas  $q_1$ . O resultado dessa redução causada pela expectativa de erro judicial é uma perda  $L$  em segurança para a sociedade<sup>321</sup>.

A essa análise devem ser colocadas duas ressalvas. Primeiro, assim como existem causas de erro que favorecem a indústria (como uma testemunha mentirosa) e deslocam  $D'$  para cima, também existem erros que favorecem as vítimas de acidente, deslocando o  $D'$  para baixo. No entanto, ao se colocar na balança, a probabilidade de  $D'$  estar abaixo de  $D$  é maior, vez que todos os erros em favor da empresa movem  $D'$  para baixo e apenas alguns erros contra a indústria o movem para cima. Um erro que infle a condenação contra a empresa para um valor maior do que deveria ser fará  $D'$  aumentar, mas caso uma maior quantidade do material de segurança não fosse capaz de reduzir essa condenação, a indústria não teria incentivo para tal compra e  $D'$  não aumentaria<sup>322</sup>.

A segunda ressalva feita é a de que haveria um custo social com uma redução no incentivo da indústria para evitar acidentes por um aumento do incentivo das vítimas para evitá-los. Uma mudança para baixo de  $D'$  aumenta o custo esperado do acidente não compensado para as vítimas e, portanto, seu incentivo para prevenir acidentes. A prevenção por parte das possíveis vítimas é claramente menos eficiente do que uma prevenção por parte do possível causador, de forma que seria causado um certo desequilíbrio<sup>323</sup>.

---

copo d'água diminui com a quantidade demandada." COSTA, Reinaldo Pacheco da. **Introdução à economia**. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5535379/mod\\_resource/content/1/INTRODUC%CC%A7A%CC%83O%20A%CC%80%20ECONOMIA%20CAP%201%2020080617.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5535379/mod_resource/content/1/INTRODUC%CC%A7A%CC%83O%20A%CC%80%20ECONOMIA%20CAP%201%2020080617.pdf)>. Acesso em: 7 jul. 2021.

<sup>321</sup> POSNER, 2014, p. 775.

<sup>322</sup> POSNER, loc. cit.

<sup>323</sup> Ibidem, p. 776.

Apesar das ressalvas ao estudo, ele nos possibilita perceber que o erro judicial entra no cálculo de previsão de custos das partes, incentivando ou desincentivando o investimento para evitar uma condenação. A ciência de uma prática ilegal e sua não correção é incentivada com a perspectiva de que sua correção será mais custosa do que litigar a questão e ser condenado apenas em parte das situações. O caráter preclusivo do *collateral estoppel* incentiva que a ilegalidade seja sanada antes de eventual litígio; a estabilidade de eventual condenação garante que após o pronunciamento do primeiro juiz dificilmente haverá uma sentença divergente. No gráfico acima (Gráfico 13), podemos ilustrar esse incentivo como um deslocamento de  $D'$  para cima, o que incentiva investimentos para sanar a ilegalidade e evitar o litígio antes de um aumento significativo de  $q$ <sup>324</sup>.

Por outro lado, podemos ver nessa situação que cada processo passa a ter cada vez mais importância para as partes, pois representam muito mais que uma situação entre os indivíduos do processo. Desta forma, as partes ficam mais propensas a investir mais recursos para alcançar uma decisão favorável com medo das consequências que uma decisão contrária trará. Caso uma das partes esteja disposta a dispendir muito mais recursos do que a outra, há maior probabilidade de que ganhe a causa. Stephen J. Spurr constrói um modelo para análise do litígio com base no investimento de cada uma das partes, ou seja, até que ponto vale investir na causa<sup>325</sup>.

O autor inicia a construção do modelo por duas premissas: (i) assume que nenhum outro processo será afetado pelo resultado do litígio; e que (ii) cada parte investe a mesma quantidade de recursos. Depois de estabelecer essas situações de igualdade, pode-se compreender os efeitos que as desigualdades de incentivo trazem para o litígio. No modelo, são utilizados os seguintes sinais:  $A$  = quantidade investida no processo pelo autor;  $B$  = quantidade investida no processo pelo réu. Se bem-sucedido, o autor recuperará  $X$  de seus danos. A probabilidade de o autor obter sucesso é uma função  $F$  de razão  $A/B$ . Deve-se

---

<sup>324</sup> Dificilmente aconteceria uma situação que causaria uma preclusão de não responsabilização da empresa, pois há de se garantir aos afetados seu dia na corte.

<sup>325</sup> SPURR, 1991, p. 50.

assumir que  $F(0) = 0$  e que  $F(\infty) = 1$  para que  $F$  tenha um domínio no intervalo de  $[0, \infty)$ <sup>326</sup>.

O objetivo do autor é de maximizar sua expectativa de retorno do litígio:

$$F\left(\frac{A}{B}\right)X - A \quad (1)$$

O objetivo do réu, por outro lado, é o de minimizar sua expectativa total de perda:

$$F\left(\frac{A}{B}\right)X + B \quad (2)$$

Spurr faz uso da derivada para interpretar a probabilidade de densidade da função, sendo  $f$  a derivada de  $F$ . A derivada é uma ferramenta que iguala a função a zero para encontrar os valores mínimos ou máximos. Ela foi usada na presente situação pois é de interesse do autor maximizar a função e do réu minimizar para que seus interesses sejam representados da maneira mais próxima possível do ideal. Assim, usa essa ferramenta para encontrar a seguinte condição para o autor:

$$f\left(\frac{A}{B}\right) = \frac{B}{X} \quad (3)$$

Dessa fórmula, Spurr faz uma derivada para encontrar a condição para o réu:

$$-f\left(\frac{A}{B}\right)X \frac{A}{B^2} + 1 = 0 \Rightarrow f\left(\frac{A}{B}\right) = \frac{B^2}{AX} \quad (4)$$

Combinando as condições derivadas (3) e (4), o seguinte resultado é obtido:

---

<sup>326</sup> SPURR, 1991, p. 50.

$$\frac{B}{X} = \frac{B^2}{AX} \Rightarrow \frac{A}{B} = 1. \quad (5)$$

Da equação (3), temos:

$$f(1) = \frac{B}{X} \Rightarrow B = Xf(1) = A. \quad (6)$$

A equação (6) é, portanto, o resultado da combinação das equações que buscam igualar situações em que tanto o autor quanto o réu teriam proveito máximo no processo. Esse resultado indica que, em um processo sem desdobramentos além dele próprio (portanto excluindo o *collateral estoppel*), ambas as partes vão investir a mesma quantidade de recursos para vencer um processo e que essa quantidade é proporcional à quantidade em jogo  $X^{327}$ .

Existem alguns pontos criticáveis dessa formulação. Há evidências empíricas de que os gastos das partes não aumentam proporcionalmente à quantia em jogo. Além disso, nesse modelo, a probabilidade de um veredito favorável ao autor depende apenas da proporção de gastos das partes, enquanto, na realidade, a “força” de uma demanda do autor tem um papel fundamental para o resultado final<sup>328</sup>.

Importante destacar que o conceito de equilíbrio utilizado é o “Equilíbrio de Nash”, o que significa que cada parte escolhe simultaneamente um gasto que compreende como ótimo; não tem incentivo para mudar sua posição vendo o gasto da outra parte. Caso esse conceito não fosse empregado, resultados diversos e muito amplos seriam obtidos, pois variações de percepção passariam a compor o modelo – como uma parte que toma sua decisão sobre os gastos após analisar os gastos de sua parte contrária ou cada parte assumiria que sua própria despesa influenciaria a outra antes de escolher seu gasto apropriado<sup>329</sup>.

Apesar de ignorar esses aspectos do litígio, o modelo apresentado consegue apresentar de forma clara e sem contradições internas um dos

---

<sup>327</sup> SPURR, 1991, p. 51.

<sup>328</sup> SPURR, loc. cit.

<sup>329</sup> Ibidem, p. 52.

aspectos do litígio que se propõe a estudar – o comportamento das partes frente ao investimento realizado. O autor ainda destaca que as restrições do modelo não parecem interferir significativamente nos resultados, apesar de entender que uma fórmula mais abrangente fosse preferível<sup>330</sup>.

Tendo em mente que em um litígio isolado as partes tendem a investir recursos similares e proporcionais ao valor daquilo que se litiga, é possível se comparar com situações em que o processo terá efeitos em outros. Ignorando institutos jurídicos prévios e conhecidos, em apenas um exercício de raciocínio, Posner<sup>331</sup> analisa que, em um primeiro momento, a recusa por parte das Cortes em aceitar que pedidos sejam litigados novamente pelas mesmas partes pode parecer surpreendente.

Após derrota na primeira tentativa, presume-se que a parte seria relutante em tentar pleitear o mesmo pedido novamente; o resultado mais provável desse segundo processo seria o de um novo fracasso. No entanto, qual seria o sentido de impedir que a parte tente novamente? Em análise com situações cotidianas, o autor lembra que ninguém impede que uma marca lance pela segunda vez uma campanha publicitária que já tenha falhado antes.

A resposta, segundo o autor, é que existe um custo de relitigação positivo, enquanto o benefício do custo de se buscar uma redução de erro de julgamento seria zero; não há como determinar qual resultado de uma série é realmente o inconsistente (A processa B e perde; A processa novamente B e ganha; B processa A e recupera o primeiro julgamento, etc.). Essa análise somente é válida para casos em que valores são equivalentes nas duas ações e que ocorram em instâncias e competências equivalentes.

Cumpridos os dois requisitos, dificilmente poderá se defender que o custo causado pelo erro em uma segunda ação será menor. O valor da ação se mostra importante, pois a perspectiva de ser impedido de rediscutir algo, e seu respectivo valor, futuramente, faz com que ambas as partes invistam adequadamente no primeiro processo. A competência é uma garantia para as partes de que julgamento só se torna definitivo se julgado por autoridade apta para tal<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> SPURR, 1991, p. 52.

<sup>331</sup> POSNER, 2014, p. 813.

<sup>332</sup> Ibidem, p. 814.

Nessa linha, Posner reflete que a coisa julgada inglesa não é tão importante economicamente quanto a do sistema estadunidense que ele está inserido. Isso porque, no sistema inglês, causas com pouca chance de êxito levadas a juízo por um propósito condenável – as chamadas *frivolous claim* ou *nuisance claim*<sup>333</sup> – são severamente penalizadas, de forma que o desestímulo para repetir um pedido já julgado negativamente é muito grande.

Como já visto, as Cortes por muito tempo debateram sobre a repetição de demandas, discutindo eventual inviabilização da justiça<sup>334</sup>. Supondo um caso em que A processa B e ganha e, em seguida, A processa C e uma questão decidida em favor de A no primeiro processo também é reclamada no segundo. Permitir que A use essa questão no segundo processo poderia significar um estímulo para que as partes se investissem excessivamente no primeiro caso contra oponentes mais fracos. Da mesma forma que a coisa julgada (*claim preclusion*), o *issue preclusion* também apresenta fundamentos econômicos. Uma das principais preocupações ao desenvolver o instituto do *collateral estoppel* era o de que as partes investissem tempo e dinheiro em excesso em algumas causas premeditadamente para “ganhar no fácil e impedir o difícil”.

Essa mesma lógica é transferida para se analisar o *offensive collateral estoppel*. Essa seria uma situação em que A processa B e vence; em seguida, E processa B por causa similar e usa o julgamento AB para impedir a discussão de alguma questão em comum. O perigo seria B investir excessivamente para se defender de A no primeiro processo porque a consequência em caso de perda será muito maior do que um processo. Caso isso aconteça e mesmo assim B perca, fica claro que a demanda de A tinha bom fundamento e que não haveria por que E argumentar sobre a questão novamente. No entanto, ao se investir de forma desproporcional contra A, há mais chances de o primeiro caso ser julgado em favor de B, o que aumenta o perigo de uma decisão errônea em favor de B<sup>335</sup>.

O mesmo pode ocorrer com o *defensive collateral estoppel*. Em uma situação em que A tem causas similares contra F, G e H, processa G primeiro e

---

<sup>333</sup> GARNER, 2014. p. 302.

<sup>334</sup> No primeiro exemplo dado, Posner alerta que é um caso em que a parte estaria para ser impedida de litigar mesmo sem ter tido seu dia na corte. (POSNER, 2014, p. 814).

<sup>335</sup> Ibidem, p. 815.



perde; *F* e *H* podem usar o julgamento *AG* para barrar *A* de discutir uma questão em comum ao caso deles. Na lógica estadunidense, é comum que se escolha por primeiro o caso mais difícil para incentivar que os demais aceitem um acordo para o caso; se um juiz já decidiu de forma favorável a, provavelmente os demais também o farão. Mas caso *A* perca o primeiro caso, significa que os demais também não terão deferimento do mérito. Isso pode levar a um problema similar ao *offensive collateral estoppel*, isto é, *A* pode despejar recursos no primeiro caso sabendo que uma perda pode ser desastrosa. Como os riscos de *G* são muito menores, essa assimetria pode permitir que *A* ganhe um caso que não merece, incentivando, novamente, decisões errôneas.

Essa análise também é feita sobre o *stare decisis*. Um caso em que as partes investiram relativamente pouco pode causar precedentes que controlem o resultado de casos futuros em que as partes poderiam investir muito mais para auxiliar um melhor julgamento. Esse efeito é mitigado pela análise posterior por parte do julgador, que pode descontar um precedente caso identifique investimento inadequado das partes no primeiro caso e que isso reflita em perda de qualidade do julgamento<sup>336</sup>. Como visto pela linha de decisões<sup>337</sup>, que se inicia com Justice Knowton da Suprema Corte de Massachusetts<sup>338</sup>, a aplicação do *collateral estoppel* passa por uma importante análise de justiça pelo juízo que fará a aplicação do instituto onde se decretará a preclusão da questão.

### 5.3 O PROBLEMA DE DECISÕES ANÔMALAS EM CASOS COM MUITOS LITIGANTES

O rompimento da regra da mutualidade expande muito o campo de aplicação da preclusão do *collateral estoppel* e o número de casos que uma decisão pode afetar. Diversos autores passaram a levantar possíveis problemas decorrentes dessa ampla aplicação, e um dos principais nomes é Brainerd Currie.

---

<sup>336</sup> POSNER, 2014, p. 815.

<sup>337</sup> SCOTT, 1942, p. 6.

<sup>338</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Judicial Court of Massachusetts. *Watts v. Watts*. *Northeastern Reporter*, v. 36, p. 479-481.

Esse autor estadunidense faz o alerta para diversos possíveis usos da preclusão que causariam injustiças e desequilíbrios processuais. O primeiro problema levantado mostra como uma simples regra pode prolongar uma situação desvantajosa na qual uma das partes se encontrava em apenas um processo<sup>339</sup>.

Em grande parte das vezes, a parte contra quem se pretende aplicar o *collateral estoppel* geralmente é o réu do primeiro caso, que não pôde escolher o foro no qual a ação foi ajuizada ou contra quem faria a demanda. Assim, pode ser argumentado que o réu não teve escolha para entrar em ação com as melhores chances possíveis para ganhar. Currie questiona se seria justo uma parte sofrer com uma decisão indefinidamente, um pequeno ônus se tornaria muito maior. Lembrando que essa crítica não é válida no *defensive collateral estoppel*, onde o efeito preclusivo será contra o autor da primeira demanda – quem teve oportunidade de escolher os fatores previamente ao ajuizamento da demanda<sup>340</sup>.

Currie também expressou sua preocupação em relação ao que ficou conhecido como *multiple claimant anomaly*, ou anomalia dos diversos requerentes. O professor se utilizou de um exemplo de um acidente de trem em que cinquenta passageiros foram feridos e todos entram separadamente com uma ação reparatória de danos contra a empresa responsável pela ferrovia. Caso os vinte e cinco primeiros falhem em estabelecer a negligência da empresa, mas o vigésimo sexto consiga, tem-se um caso entre uma maioria contrária, o que o autor chama de decisão anômala<sup>341</sup>.

O problema seria que os casos restantes poderiam se aproveitar da decisão anômala e aplicar o *offensive collateral estoppel* para impedir que a empresa volte a se defender da acusação de negligência. Isso, para o autor, constituiria em um julgamento possivelmente equivocado (por ser único entre uma maioria contrária) que poderia ser perpetuado pelo *collateral estoppel*. Assim, adverte que “[...] as cortes devem estar alertas ao perigo da expansão dessa

---

<sup>339</sup> CURRIE, 1957, p. 288.

<sup>340</sup> GLANNON, 2013. p. 598.

<sup>341</sup> CURRIE, 1957, p. 286-289.

teoria, que, pelo mero processo lógico de manipulação. pode produzir resultados abomináveis ao senso de justiça e à ordem da lei”<sup>342</sup>.

Ao decidir o caso *Parklane*, a Suprema Corte também fez quatro ressalvas que devem ser avaliadas para que a aplicação do instituto seja justa. Primeiro, é possível que o requerente tome uma posição de “wait and see” frente a demandas de que poderia fazer parte. Assim, possíveis autores esperam o resultado de uma ação ao invés de ingressá-la de imediato como interessados; caso a parte que defende o seu posicionamento perca, eles não serão afetados pela negativa, uma vez que não tiveram seu dia na corte. Caso contrário, e o seu posicionamento saia vitorioso, seria possível que a decisão seja usada para precluir a parte contrária sem desgaste de ter que argumentar o caso e sem o risco de perder<sup>343</sup>.

A segunda ressalva diz respeito a contra quem a preclusão será utilizada. É possível que no primeiro caso pouco esteja em risco ou o juízo seja inconveniente para alguma alegação. Nesses casos, se a questão não tenha sido litigada em toda extensão possível, a preclusão não será aplicada. Terceiro, deve ser feita uma análise de regras processuais que podem diferir entre os estados e se elas, de alguma forma, restringiram o debate. Por fim, a existência de julgamentos inconsistentes sugere que seria injusto dar efeito conclusivo a qualquer um deles. Dessa forma, mais uma vez, é feita a ressalva de que a aplicação deve considerar cada caso separadamente e decidir pela viabilidade ou não da aplicação do *collateral estoppel*<sup>344</sup>.

Esses possíveis desequilíbrios causados pela possibilidade de aplicação do *collateral estoppel* afetam a leitura que as partes fazem dos litígios que estão por vir. Essas leituras também podem ser traduzidas pelo pensamento econômico e, seguindo o raciocínio já apresentado, Spurr busca mostrar até que ponto a parte se vê estimulada a investir em um processo com a perspectiva de enfrentar os desequilíbrios apresentados. Em uma situação onde há quebra de mutualidade, o número de possíveis litigantes interessados na preclusão aumenta muito, de forma que o autor usa a seguinte formula para explicar os

---

<sup>342</sup> Tradução livre de: “[...] courts must be alert to the danger that its extension by merely logical process of manipulation may produce results which are abhorrent to the sense of justice and to orderly law administration”. (Ibidem, p. 289.)

<sup>343</sup> SOLDÓ, 1980, p. 517-518.

<sup>344</sup> SOLDÓ, loc. cit.

riscos enfrentados por aquele que se vê em uma situação em que sofre a preclusão<sup>345</sup>:

$$\frac{A}{B} = \frac{1}{n[1 - F(1) - f(1)] + F(1) + f(1)} \quad (7)$$

Sendo que o termo entre colchetes é positivo. Se  $n$  (número de demandas) for igual a 1,  $A$  seria igual a  $B$ . Para  $n$  maior que 1,  $B$  excederá  $A$ , e a proporção entre as despesas do réu e as do demandante aumentará com o número de reivindicações  $n$ . Se  $n$  for grande, como seria, por exemplo, em um caso de responsabilidade de produtos, pode haver uma alta probabilidade de que o primeiro autor a litigar perca. Assim, essa regra de preclusão pode levar a um sério desequilíbrio nos incentivos para vencer a primeira ação, de forma que ao se deparar com um número muito grande de autores, o réu somente tem chances matemáticas ao dispendar uma quantia muito grande de dinheiro discutindo a mesma questão inúmeras vezes<sup>346</sup>.

Desta forma, ao se deparar com um conflito que tenha uma grande quantidade de partes interessadas, a parte afetada tem um desestímulo muito grande ao litígio: a chance de uma delas sair vitoriosa e desencadear uma longa cadeia de preclusões fica muito alta. Nesses casos, um acordo passa a ser uma alternativa lógica, mas o problema que se põe no processo é o questionamento de se essa não seria uma indução ao acordo indevida<sup>347</sup>.

Anos após a primeira crítica, Currie acabou por apoiar o uso do *offensive collateral estoppel*<sup>348</sup>. Contrapôs o próprio argumento de que o réu não teria iniciativa sobre o foro ou contra quem seria o primeiro caso, afirmando que, apesar disso, ele teria tido oportunidade de litigar por completo a questão, além de que teria todos os motivos para fazer uma defesa vigorosa e efetiva. No entanto, o autor fez a ressalva de que a corte deveria fazer uma investigação a fim de determinar se seria justo o terceiro se utilizar do primeiro julgamento, de forma que a análise deve ser feita caso a caso. Por fim, Currie declarou que o

---

<sup>345</sup> SPURR, 1991, p. 57.

<sup>346</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>347</sup> SPURR, loc. cit.

<sup>348</sup> CURRIE, Brainerd. Civil Procedure: The Tempest Brews. **California Law Review**, v. 53, p. 29 e 37, March 1965.

uso ofensivo do *collateral estoppel* é “[...] um poderoso instrumento para rapidez e economia judicial ao lidar com litígios de massa resultantes de grandes desastres e transações que afetam um grande número de pessoas”.<sup>349</sup>

Por oferecer essa rapidez de solução em diversos litígios, o *design* do *collateral estoppel* é visto como uma alternativa à *class action*, pois soluciona de forma eficaz o problema da “duplicative litigation”, de forma que se mostra uma ferramenta muito útil apesar de enfrentar alguns problemas. Aquele que se torna alvo das diversas causas que pleiteiam a mesma questão pode ser desestimulado ao conflito por conta das chances ínfimas que possuiria contra muitas causas; financiar o litígio inúmeras vezes com pouca chance de sucesso pode sair muito mais caro do que buscar um acordo logo no início. Uma das alternativas utilizadas é a de induzir a junção voluntária das causas dos vários litigantes<sup>350</sup>.

Essa junção é um mecanismo chamado de *joinder rule* – que pode ser visto como uma espécie de litisconsórcio obrigatório aos olhos do Direito brasileiro – e consiste na obrigatoriedade de que aquele que poderia facilmente ingressar na primeira ação o faça, pois, caso contrário, não poderá se beneficiar do resultado do primeiro julgamento. Tal regra é bem simples e, no entanto, previne injustiças que podem resultar do afastamento da mutualidade em duas formas diferentes<sup>351</sup>.

A primeira possível injustiça se verificaria em uma situação onde uma das partes tema um julgamento desfavorável que poderia beneficiar um grande número de interessados. Temendo que a preclusão seja mais prejudicial ainda, a parte poderia se ver obrigada a fazer um acordo insatisfatório. Com a presente regra, esses interessados, que poderiam facilmente ter entrado em conjunto com a ação, não serão beneficiados pela decisão, não havendo, portanto, o que temer e o que incentive um acordo como o mencionado. A segunda situação previne eventual conluio entre requerentes que busquem arranjar a ordem do julgamento de diversas causas para que a primeira seja a mais grave e que

---

<sup>349</sup> CURRIE, 1965, p. 36.

<sup>350</sup> ROSENBERG, David. Avoiding duplicative litigation of similar claims: the superiority of class action vs. collateral estoppel vs. standard claims market. **Harvard Law School Public Law**, Reasearch Paper n. 044, 2002, p. 7.

<sup>351</sup> FREEDMAN, 1988. p. 24.

desperte maior simpatia para um julgamento favorável, facilitando as demandas subsequentes.

Com a aplicação da *joinder rule*, as partes que litigariam em seguida não poderiam se utilizar do primeiro julgamento. A regra se justifica<sup>352</sup> pelo fato de que a nenhum requerente deveria ser permitido ignorar o interesse público de reduzir o volume de litígios. Assim, caso um requerente opte por não ingressar em uma ação já existente na qual não haveria empecilho algum em fazer parte, não faria sentido que se beneficiasse a ponto de se encontrar em uma situação em que só teria a ganhar: ou se beneficiaria do julgamento vitorioso, ou poderia voltar a litigar a mesma questão caso seu possível lado perdesse.

---

<sup>352</sup> FREEDMAN, 1988. p. 24

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar o *collateral estoppel* através de uma linguagem que facilitasse a compreensão de seus efeitos nas dinâmicas sociais, tentando diminuir a interferência do choque entre as culturas jurídicas do *common law* e do *civil law* em comparações futuras.

Como visto, ao optar pela leitura da Análise Econômica do Direito, é preciso simplificar a realidade para elaborar modelos que facilitam a compreensão do objeto de estudo. No Brasil, muito se discute sobre alguns problemas que impedem um melhor andamento do sistema judicial, como dificuldade de efetivação do comando judicial, altas taxas de recorribilidade e incerteza quanto ao direito. Nesse contexto, os modelos analisados do *collateral estoppel* estadunidense são voltados a essas características, buscando entender como o instituto opera dentro desses aspectos do processo.

O *collateral estoppel* é uma estabilização de decisões judiciais que prima pela boa-fé, segurança jurídica, coerência do direito e eficiência<sup>353</sup>. Esse mecanismo, no entanto, altera a percepção das partes sobre o processo e acaba inserindo valores que, sem ele, não precisariam ser analisados. Um desses valores é o sopesamento de custo-benefício, traduzido pela expressão “tradeoff”, como explicado no capítulo 5. Além disso, inclui no processo fatores que podem se tornar indesejáveis tanto para as partes quanto para o sistema judicial como um todo.

A primeira característica incluída pelo instituto ao processo é sua capacidade de conferir uniformidade e coerência ao direito. Esse fator, como demonstrado, acaba por incentivar a negociação entre as partes, aumentando o número de possibilidades em que se fará um acordo, desafogando o Judiciário e facilitando a efetivação do direito material. Na mesma linha, outro benefício trazido pela estabilização de uma decisão é que ela impedirá uma nova discussão sobre o mesmo tema; isso reduz a esperança daquele que infringe o direito de obter algumas decisões equivocadas ao longo de diversos litígios, o que reduziria sua expectativa de custo e incentivaria uma litigância constante mesmo consciente do ilícito.

---

<sup>353</sup> MARINONI, 2019, p. 205-220.

Assim, percebe-se que o *collateral estoppel* possibilita que condições de incentivo às negociações surjam ao longo do processo, uma vez que permitem que as partes tenham acesso a informações mais concretas para fazerem uma análise de custo-benefício sobre o risco que estão correndo. Apesar disso, foi visto que o processo acaba tomando novas dimensões, já que o valor e a importância de uma causa aumentam exponencialmente com a possibilidade da replicação das decisões. A possibilidade de uma decisão equivocada se replicar em diversas demandas infundadas também passa a ser uma sombra sobre aqueles que se encontram dentro do litígio.

Apesar dessas dificuldades a serem enfrentadas, o sistema estadunidense mantém o *collateral estoppel* em operação, pois é inegável, que além da lógica e coesão que ele confere ao sistema, ele também traz consigo características que contribuem para a efetividade do processo. No entanto, o sistema estadunidense se utiliza de ferramentas que buscam minimizar o impacto dos “efeitos colaterais” desse instituto. Como visto, a análise *a posteriori* realizada pelo juiz que aplicará a preclusão no segundo caso inclui uma avaliação para determinar se critérios abstratos de justiça estão sendo cumpridos; tanto para evitar a aplicação de uma decisão equivocada em um caso quanto para evitar a replicação em diversos outros.

Assim, conclui-se que o *collateral estoppel* confere muitas ferramentas benéficas ao processo. As dificuldades que ele eventualmente trará são lidadas pelo sistema estadunidense por meio de mecanismos muito próprios do *common law*, com um juiz muito atuante e com autonomia de interpretar a situação ditando novos rumos para a causa, pautado em ideias sedimentadas por inúmeras decisões antecedentes. Assim, é possível que um juiz analise um caso e identifique uma situação de injustiça e que ele próprio evite a continuidade de tal anomalia.

Ao incorporar a coisa julgada sobre questão, o sistema brasileiro deve manter os olhos abertos para o *collateral estoppel* e preclusões análogas em outros sistemas de direito processual. Contudo, é muito importante que o contexto de cada sistema seja levado em consideração<sup>354</sup> para que não se criem barreiras de estudo ou até mesmo de aplicação por se identificar um “remédio”

---

<sup>354</sup> DONDI; ANSANELLI; COMOGLIO, 2017, p. 27-28.



lá aplicado que é inviável no sistema brasileiro. É importante que os benefícios e as dificuldades sejam identificados para que a coisa julgada sobre questão prejudicial seja melhor aplicada à nossa própria realidade com as ferramentas viáveis no sistema brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. Collateral estoppel. **University of Richmond Law Review**, v. 16, n. 2, p. 341 - 390, 1982.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 797 ao 823. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BIONDO, Catherine. **Restatements**. Disponível em: <<https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=309942&p=2070280>>. Acesso em: 20 maio 2019.

BONE, Robert G. **The Economics of Civil Procedure**. Nova Iorque: Foundation Press, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2016**. Brasília: CNJ, 2016, p. 61.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014.

CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. **A lógica do processo**: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro. 2012. 78 f. Dissertação (Mestrado em Análise Econômica do Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

COSTA, Reinaldo Pacheco da. **Introdução à economia**. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5535379/mod\\_resource/content/1/INTRODUC%CC%A7A%CC%83O%20A%CC%80%20ECONOMIA%20CAP%201%2020080617.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5535379/mod_resource/content/1/INTRODUC%CC%A7A%CC%83O%20A%CC%80%20ECONOMIA%20CAP%201%2020080617.pdf)>. Acesso em: 2 jul. 2021.

CURRIE, Brainerd. Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine. **Stanford Law Review**, v. 9, p. 241-390, 1957.

CURRIE, Brainerd. Civil Procedure: The Tempest Brews. **California Law Review**, v. 53, p. 25-46, maio 1965.

DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. **Processo Civil Comparado**: uma perspectiva evolutiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (mar., 1980), p. 191-226. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724129>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Cromwell v. County of Sac. **Supreme Court Reporter**, 1876.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Judicial Court of Massachusetts. Watts v. Watts. *Northeastern Reporter*, v. 36, p. 479-481, 1987.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. United States v. Moser. **Supreme Court Reporter**, 1924.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. United States v. Stone Downer Co. **Supreme Court Reporter**, 1927.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of California. Bernhard v. Bank of American National Trust & Savings Association. **Pacific Reporter**, 1942.

FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988.

FREIRE, Alonso. O Pêndulo de Posner. **Revista do pensamento jurídico**, v. 8, n. 2, p. 225-248, 2015. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/21>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

FUX, Luiz; BODERT, Bruno. **Processo Civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 10. ed. Minnessota: Thomson Reuters, 2014.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14 n. 1, p. 1-23, 2019.

GLANNON, Joseph W. **Civil Procedure**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

GOLDSTEIN, Gersham. Res judicata and collateral estoppel. **American Bar Association Journal**, v. 54, n. 11, p. 1131-1134, 1968.

HORWITZ, Morton J. Law and Economics: Science or Politics? **Hofstra Law Review**, v. 8, p. 905-912, 1980.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. **NBER Working Paper Series**, p. 1-69, ago. 1976.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice. **The Journal of Legal Studies**, v. 114, p. 961-1388, jan. 2001.

KAPLOW, Louis. The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis. **The Journal of Legal Studies**, v. 23, n. 1, p. 307-401, 2010. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:10611788>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro**. Revista de Processo, São Paulo, v. 259, p. 98, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

POSNER, Richard A. **Frontiers of legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 96.

POSNER, Richard A. Tribute to Ronald Dworking. **NYU School of Law Annual Survey of American Law**, v. 63, p. 9-14, 2007.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. Odisseu ou héracles? Sobre o pragmatismo e a análise econômica do direito. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito - 31/08 a 04/09/2010**. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1996>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2014.

PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

PRIEST, George L.; KLEIN, Benjamin. The Selection of Disputes for Litigation. **The Journal of Legal Studies University of Chicago Law School**, p. 1-55, 1984. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724341>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

ROSENBERG, David. Avoiding duplicative litigation of similar claims: the superiority of class action vs. collateral estoppel vs. standard claims market. **Harvard Law School Public Law**, Research Paper n. 044, p. 1-32, 2002.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, n. 1, p. 435-483, 2012. Disponível em: <<http://blook.pt/publications/publication/2633a7ee63eb/>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

SANDEL, Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional**, v. 57, p. 1-35, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v. 56, n. 1, p. 1-29, 1942.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. Thomson Reuters Brasil, 2019.

SOLDO, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. **Catholic University Law Review**, v. 29, n. 2, p. 509-527, 1980.

SPURR, Stephen J. An economic analysis of collateral estoppel. **International Review of Law and Economics**, p. 47-61, 1991.

TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça. **Revista CEJ**, Brasília, ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. **Taxa de Congestionamento**. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Coordenadoria-de-Estatistica/177241-Taxa-de-Congestionamento.xhtml>. Acesso em: 5 jan. 2020.

VESTAL, Allan D. Rationale of preclusion. **Saint Louis University Law Journal**, v. 9, p. 29-55, 1964.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZACLIS, Lionel. Direito Processual Civil Estadunidense. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito Processual Civil Americano Contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 165-168.